

ISSN 2238-0213



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
13ª REGIÃO
FORUM CLÓVIS DOS SANTOS LIMA

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região

v. 19, n. 1
2012

**REVISTA DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO
DA 13^a REGIÃO**

COMISSÃO DA REVISTA

Desembargador CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE - Presidente

Juiz MARCELLO WANDERLEY MAIA PAIVA

Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA

Secretária: Denise Gomes Pereira de Melo

e-mail – comissaodarevista@trt13.jus.br

Colaboradores:

Gilvan Azevedo de Carvalho

Izabela Massa de Mariz Maia

Maria de Fátima Vieira de Lima

Olavo Nóbrega de Sousa Júnior

Capa:

Alexandre Magno Neves de Melo

Omar Khayam Meira de Souza

ISSN 2238-0213

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO

v. 19 n. 1 – 2012

João Pessoa – Paraíba

R. Trib. Reg. Trabalho 13ª Região	João Pessoa	v. 19	p. 1- 288	2012
-----------------------------------	-------------	-------	-----------	------

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Endereço da versão eletrônica: http://www.trt13.jus.br/ejud/revistas-do-trt/revista19_TRT13.pdf/at_download/file

**Ficha elaborada conforme as normas do
Código de Catalogação Anglo-Americano (2 ed.)**

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região
Tribunal Regional do Trabalho. v. 1, n. 1 (1991)-
João Pessoa: TRT 13ª Região, 1991 -

Irregular de 1991 – 1995 e 2008

Anual

1. Direito do Trabalho – Brasil 2. Processo Trabalhista
- Brasil 3. Jurisprudência Trabalhista.

CDU: 349.2(81)(05)

347.998.72(81)(05)

Comissão Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região
Av. Corálio Soares, s/n – Centro – João Pessoa – Paraíba – CEP: 58013-260
Fone: 3533-6143 / 3533-6144
e-mail: comissaodarevista@trt13.jus.br

SUMÁRIO

A ADC 16 e a Súmula 331 do TST à luz dos preceitos constitucionais e trabalhistas Lucas Emmanuel Silveira Camêlo	15 - 28
O instituto da conciliação sob a ótica dos Direitos Fundamentais Lúcia Regina Melo de Andrade	29 - 43
A nova lei 12.619/2012 que disciplina a profissão do motorista: questões controversas Tereza Aparecida Asta Gemignani; Daniel Gemignani	44 - 55
Da flexibilidade à flexisegurança: um caminho eficaz para combater o desemprego? Alanna Gomes Oliveira Gonçalves	56 - 75
A greve nos serviços essenciais: entre o formalismo inibidor e o direito de lutar pela valorização do trabalho Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima	76 - 93
Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. Tereza Aparecida Asta Gemignani; Daniel Gemignani	94 - 114
De algodão entre os cristais a protagonista na formação da nacionalidade brasileira Tereza Aparecida Asta Gemignani	115 - 123
Acórdãos do TRT 13ª Região	125 - 208
Sentença	209 - 216
Trabalhos apresentados na XI SEMAJUD	217
O processo eletrônico, seus desdobramentos na justiça do trabalho e o conselho nacional de justiça como seu agente unificador Alexandre Diniz da Mota Silveira; Paulo Sérgio Oliveira de Carvalho; Vitor Fernando Gonçalves Córdula	218 - 242
Teletrabalho no Brasil: um ensaio sobre a modalidade de trabalho dos novos tempos Lucas Serrano Farias; Rayssa Vieira Henriques; Vanessa de Araújo Porto	243 - 263
Terceirização e trabalho virtual: novos desafios ao direito do trabalho Pedro Henrique Sousa de Ataíde; Rafael Alves de Menezes	264 - 285

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO DA 13^a
REGIÃO**

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO

COMPOSIÇÃO DO TRT

PRESIDENTE

Desembargador PAULO MAIA FILHO

VICE-PRESIDENTE

Desembargador CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE

DESEMBARGADORES FEDERAIS DO TRABALHO

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

EDVALDO DE ANDRADE

UBIRATAN MOREIRA DELGADO

EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO

LEONARDO JOSÉ VIDERES TRAJANO

JUÍZES FEDERAIS TITULARES DAS VARAS TRABALHISTAS

Margarida Alves de Araújo Silva	1ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Solange Machado Cavalcanti	2ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Herminegilda Leite Machado	3ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Mirtes Takeko Shimanoe	4ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Paulo Henrique Tavares da Silva	5ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Rita Leite Brito Rolim	6ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Normando Salomão Leitão	7ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Rômulo Tinoco dos Santos	8ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Arnaldo José Duarte do Amaral	9ª Vara do Trabalho de João Pessoa

Roberta de Paiva Saldanha	1ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Maria das Dores Alves	2ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Humberto Halison B. de C. e Silva	3ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Maria Íris Diógenes Bezerra	4ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Ana Paula Azevedo S. Campos Porto	5ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Adriana Sette da Rocha Raposo	1ª Vara do Trabalho de Santa Rita
Antônio Eudes Vieira Júnior	2ª Vara do Trabalho de Santa Rita
Juarez Duarte Lima	Vara do Trabalho de Areia
Cláudio Pedrosa Nunes	Vara do Trabalho de Cajazeiras
Nayara Queiroz Mota de Sousa	Vara do Trabalho de Catolé do Rocha
Antônio Cavalcante da Costa Neto	Vara do Trabalho de Guarabira
José Fábio Galvão	Vara do Trabalho de Itabaiana
André Machado Cavalcanti	Vara do Trabalho de Itaporanga
José Airton Pereira	Vara do Trabalho de Mamanguape
Maria Lílian Leal de Souza	Vara do Trabalho de Monteiro
André Wilson Avellar de Aquino	Vara do Trabalho de Patos
João Agra Tavares de Sales	Vara do Trabalho de Picuí
Paulo Roberto Vieira Rocha	Vara do Trabalho de Sousa

JUÍZES FEDERAIS DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Arnóbio Teixeira de Lima	1ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Andrea Longobardi Asquini	2ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Rosivânia Gomes Cunha	3ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Mirella D'Arc de M. C. A. de Souza	4ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Eduardo Souto Maior B. Cavalcanti	5ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Ana Cláudia Magalhães Jacob	6ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Joliete Melo Rodrigues Honorato	7ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Ana Beatriz Dias Fernandes Gondim	8ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Carlos Hindenburg de Figueiredo	9ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Ana Paula Cabral Campos	Cent. de Mandados de João Pessoa
Marcello Wanderley Maia Paiva	Juiz Auxiliar da Presidência
Lindinaldo Silva Marinho	Coord. de Apoio às Varas e
Adriano Mesquita Dantas	Auxiliar do Núcleo de Precatórios
	Presidente da Amatra 13

Francisco de Assis Barbosa Júnior	1ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Marcelo Rodrigo Carniatto	2ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Paulo Nunes de Oliveira	3ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Sérgio Cabral dos Reis	4ª Vara do Trabalho de Campina Grande
David Sérvio Coqueiro dos Santos	5ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Flávia Roberta F. da C. Assunção	Cent. de Mandados de Campina Grande
Alexandre Amaro Pereira	1ª Circunscrição
Adriana Lemes Fernandes	2ª Circunscrição
Alexandre Roque Pinto	3ª Circunscrição
José Artur da Silva Torres	3ª Circunscrição
José de Oliveira Costa Filho	3ª Circunscrição
Veruska Santana Sousa de Sá	3ª Circunscrição
Aércio Pereira de Lima Filho	4ª Circunscrição
Clóvis Rodrigues Barbosa	4ª Circunscrição
Renata Maria Miranda Santos	4ª Circunscrição
Albérico Viana Bezerra	5ª Circunscrição
Flávio Londres da Nóbrega	5ª Circunscrição
Francisca Poliana A. Rocha de Sá	5ª Circunscrição
José Guilherme Marques Júnior	5ª Circunscrição

APRESENTAÇÃO

APRESENTAÇÃO

No final desta nossa gestão como Presidente do Tribunal, recebemos, com muita alegria, mais uma edição da nossa Revista no formato unicamente digital.

Damos, portanto, as nossas boas-vindas a essa velha conhecida, com suas seções doutrinária e jurisprudencial.

A primeira apresenta sete artigos, explorando questões novas, a exemplo da profissão de motorista, sob o pálio da Lei 12.619/2012, e da flexibilidade à flexisegurança, além de temas mais tradicionais e específicos, como a conciliação sob a ótica dos direitos fundamentais, a greve nos serviços essenciais e a ADC 16 e a terceirização da Súmula 331 do TST à luz dos preceitos constitucionais e trabalhistas. Assim, se por um lado apresentamos, mais uma vez, um rosto jovem sobre o futuro dos nossos estudos acadêmicos, por outro, asseguramos a continuidade do debate em relação a questões sempre recorrentes.

A seção jurisprudencial, por seu turno, colheu as decisões mais paradigmáticas da nossa Corte Regional do Trabalho e da 1ª Instância. A intenção foi trazer a público, em ambiente próprio e adequado, uma meditação sobre as matérias mais palpitantes desta Justiça Especializada, que nos chamaram a atenção por quebrar a rotina das soluções corriqueiras.

Aborda, ainda, a Revista, os trabalhos vencedores da XI Semana do Judiciário – XI SEMAJUD.

Estamos marcando, mais uma vez, a nossa presença, de maneira séria e simples, no cenário de um Brasil de mudanças rápidas e muitas vezes impensadas.

Esperamos que apreciem o conteúdo. Boa leitura!

PAULO MAIA FILHO

Desembargador Presidente do TRT 13ª Região

ARTIGOS

A ADC 16 E A SÚM. 331 DO TST À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E TRABALHISTAS

Lucas Emmanuel Silveira Camêlo

Advogado Trabalhista. Pós graduado em Direito Processo Civil pelo Unipê e Pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT 13ª REGIÃO.
e-mail: lucasesc20@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo precípuo suscitar uma reflexão acerca da ADC 16 e do teor da súmula 331, itens IV e V do C. TST, à luz dos preceitos constitucionais e trabalhistas, mormente o supraprincípio da dignidade da pessoa humana, o art. 5º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, e os direitos sociais fundamentais, denominados por nós como coração jurídico do trabalhador, insculpidos no art. 7º da CF/88. Para tanto, em um primeiro momento, explanaremos sobre a ADC 16 e a celeuma jurídica travada entre o art. 71, § 1º da Lei de Licitações e a antiga súmula 331, item IV do C. TST. Em seguida, mencionaremos a posição adotada por alguns ministros do STF, bem como a posição adotada pelo TST e alguns Tribunais Trabalhistas, quanto à matéria ora sob enfoque. Ato contínuo, traremos à baila os novos contornos da multicitada súmula do TST, após o julgamento da festejada ação declaratória e, em arremate, faremos uma análise de tudo o quanto analisado sob o enfoque hermenêutico dos postulados constitucionais e trabalhistas.

Palavras-Chave: ADC 16. Súmula 331 do TST. Lei de Licitações. Postulados constitucionais e trabalhistas.

ABSTRACT

The present study has as main objective, prompt a debate about the Declaratory Action of Constitutionality 16 (ADC) and the content of the summary 331, items IV and V of Superior Labor Court (TST) in the light of precepts constitutional and labor, especially the supraprinciple of human dignity, the art. 5 of the Introductory Law to the standards of brazilian law, and fundamental social rights, called by us as the heart of the legal worker, sculptured art. 7 of CF/88. For this purpose, at the one first moment, explain about the ADC 16 and legal controversy locked between art. 71, § 1 of the Bids Law and the exceeded docket 331, item IV TST. Then mention, the position taken by some ministers of the STF and the position adopted by the TST and some Labor Courts, as the committee now in focus. Immediately thereafter, we will bring to light the new contours of multicitada summary the TST, after the celebrated trial of the declaratory action, and finishing, we will analyze everything and examined under the hermeneutical approach of constitutional principles and labor.

Key-words: ADC 16. Precedent 331 of the TST. Constituicional Principles and Labor.

I INTRODUÇÃO

Tratam, as presentes linhas, de análise e considerações no que toca ao posicionamento adotado pela nossa Corte Maior Judicante, o Supremo Tribunal Federal (STF) em virtude da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n.º 16 – DF, interposta pelo governo do Distrito Federal e que teve como relator o Ministro Cezar Peluso. Noutros termos, tentaremos discorrer e suscitar

algumas reflexões sobre a celeuma jurídica entabulada entre a regra jurídica do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 (popularmente conhecida como lei de licitações) e o teor da Súmula 331, item IV, da Alta Corte Trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Nessa linha, debruçar-nos-emos sobre o intrigante questionamento concernente à constitucionalidade ou não do dispositivo 71, § 1º, da Lei de Licitações, às respeitáveis ponderações doutrinárias que vêm se formando quanto à constitucionalidade e aplicação por parte do Judiciário da norma positivada no aludido regramento legal em casos de responsabilidade da administração pública direta e indireta na terceirização de serviços; ao entendimento consolidado da célere e efetiva Justiça do Trabalho em torno da aplicação do antigo verbete 331, IV, do C. TST, em detrimento do comando legal da Lei das Licitações, bem como uma exegese da decisão judicial a que chegou a nossa Corte Suprema Federal à luz dos postulados constitucionais e justrabalhistas.

Em último enfoque, analisaremos os efeitos e consequências jurídicas do julgamento da ADC n.º 16 na elaboração da nova roupagem da súmula 331 do C. TST, bem como uma exegese do novo enunciado sob a ótica do supraprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), como também das normas extraídas da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (Lei n.º 12.376/2010) que alterou a ementa do Decreto-Lei 4657/42.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADC 16 - DF

Impende explicitar, inicialmente, que o Plenário do STF declarou, por votação majoritária, no dia 24 de novembro de 2010, a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993. Dito dispositivo prevê que a inadimplência do contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Sublinhe-se, por oportuno, que a supracitada decisão judicial foi prolatada em virtude da Súmula 331, item IV do TST, que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do multicitado artigo 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Ressalte-se que, por ser de interesse de todos os entes públicos da Administração Pública (art. 41 CC) os governos da maioria dos estados e de muitos municípios, sobretudo de grandes capitais, assim como da União, pediram para aderir como *amicus curiae* (amigos da corte) nesta ADC, em conformidade com o previsto no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

Nessa toada, diante do provimento judicial prolatado pela Excelsa Corte nos autos da ADC 16, o Plenário deu provimento a uma série de Reclamações (RCLs) ajuizadas no seu âmbito contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula 331/TST. Entre elas estão as RCLs 7.517 e 8.150, sendo certo que foram julgadas procedentes todas as Reclamações com a mesma causa de pedir.

Na ADC 16, o governo do Distrito Federal (DF) alegou que o dispositivo legal em questão "tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993"(BRASIL, 2011, p. 2). Observou, ainda, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da norma do artigo 71 e de seu parágrafo 1º.

A ADC foi ajuizada em março de 2007 e, em maio daquele ano, o relator, Ministro Cezar Peluso, negou pedido de liminar, por entender que a matéria era complexa demais para ser decidida individualmente. Posta em julgamento, em setembro de 2008, o saudoso Ministro Menezes Direito (falecido) pediu vista dos autos, quando o relator não havia conhecido da ação, e o Ministro Marco Aurélio dela havia conhecido, para que fosse julgada no mérito. Em seguida, a matéria foi levada ao plenário pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, uma vez que o sucessor do Ministro Direito, o Ministro Dias Toffoli, estava impedido de participar de seu julgamento, pois atuou neste processo quando ainda era Advogado Geral da União. Desta feita, na retomada do julgamento, o Presidente do STF e relator da matéria, Ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria. Segundo ele, não havia controvérsia a ser julgada, uma vez que o TST, ao editar a Súmula 331, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666.

Ainda segundo o ministro, o presidente do TST, solicitado a prestar informações sobre o caso, relatou que aquela Corte reconhece a responsabilidade da administração com base em fatos, isto é, no descumprimento das obrigações trabalhistas, e não com base na inconstitucionalidade da norma discutida na ADC. "Como ele não tem dúvida sobre a constitucionalidade, não há controvérsia". Acrescentou, ainda, que isso "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa". "O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público" (UNIÃO..., 2010), observou ele, em outra intervenção. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração, em relação à fiscalização de seus contratados, gera responsabilidade.

Em outra abordagem, quando do seu voto, a Ministra Cármen Lúcia divergiu do Ministro Cezar Peluso quanto à controvérsia. Sob o ponto de vista dela, esta existia, sim, porquanto a súmula do TST ensejou uma série de decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e, diante delas e

de decisões do próprio TST, uma série de ações, sobretudo Reclamações (RCLs), junto ao Supremo. Assim, ela se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito.

Já o Ministro Marco Aurélio observou que o TST sedimentou seu entendimento com base no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o que é empregador, e no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal (CF), que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e de seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

É digno de nota, ainda, a intervenção sábia do Ministro Ayres Britto, que endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratação de pessoal, a saber: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Desse modo, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de se responsabilizar por elas.

Pois bem. Após este relato, é necessário e útil, para que possamos nos familiarizar com a situação jurídica ora posta, transcrever a inteligência das regras jurídicas analisadas pelo STF na ADC 16, vejamos:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (BRASIL, 1993)

[...]

Súm. 331, IV, TST. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que tenha participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993). (BRASIL, 2011)

Destarte, parafraseando o doutrinador e jurista Martins (2008), que preconiza que “quando a norma legal que trata do tema é clara, não precisa de interpretação ampliativa ou extensiva, mas meramente literal ou gramatical, ou seja, *in claris cessat interpretatio*”, vê-se que o caput do art. 71 da Lei nº 8.666/93 é por demais autoexplicativo, de sorte que nos absteremos de comentá-lo.

Com efeito, antes de tecermos alguns comentários e considerações pontuais quanto ao conteúdo normativo do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, bem assim ao antigo verbete 331, IV, do C. TST, insta empreender uma atividade de reconhecimento quanto às teses já defendidas e formuladas por alguns juristas de nosso país. Assim, note-se que o r. *decisum* adotado pelo STF, quando do julgamento final da ADC 16, vem ganhando muitos adeptos, a exemplo do Procurador Federal da União, Daniel Guarnetti dos Santos:

Nesse panorama constitucional, conclui-se que não resta ao TST outra alternativa senão alterar o inciso IV da sua Súmula 331, que deverá voltar a ter a sua redação anterior com a exclusão do excerto '*inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista*', retificando assim o entendimento até então sedimentado naquela Corte Trabalhista acerca da responsabilidade subsidiária objetiva da Administração Pública, que doravante deverá ser discutida perante o juízo 'a quo' em regular instrução processual da reclamatória trabalhista, o que vale dizer, responsabilidade subjetiva, devendo para tanto o Órgão Público figurar em litisconsórcio passivo com a empresa-reclamada. (SANTOS, 2011)

Nesta senda, ante a perspicácia dos argumentos, é importante destacar o pensamento da Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Tereza Aparecida Asta Gemignani, vejamos:

A regra posta no art. 71 da Lei n. 8.666/1993 estabeleceu que os deveres patronais próprios do empregador não se transferem para a Administração Pública, mas não excluiu sua responsabilização pela preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, base de sustentação do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, cuja exigibilidade se reveste de interesse público, de sorte que falacioso e incabível o argumento que pretende restringir a dimensão da controvérsia a um simples confronto entre público e privado. Ademais, em cumprimento aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência albergados no art. 37 da CF/88, a Administração Pública tem obrigação legal de pautar sua atuação pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública, de modo que lhe cabe fiscalizar o empregador contratado para que cumpra com suas obrigações trabalhistas. O fato desta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não elide tal conclusão, pois não afasta a aplicação do art. 186 do Código Civil quando o comportamento negligente e omissivo do ente público possibilita a violação e lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que atuou em seu benefício. (GEMIGNANI, 2010, p. 24)

Em linhas gerais, pode-se concluir a partir do posicionamento adotado pelo STF, assim como do escólio dos juristas acima, que a condenação da Administração Pública de forma subsidiária nas lides trabalhistas dependerá da análise acurada de cada caso concreto, ou seja, vislumbrando-se, nos autos da reclamatória, que o ente público agiu de forma omissiva ou negligente na fiscalização das atividades do empregador contratado, de modo que este terminou descumprindo suas obrigações trabalhistas para com os seus funcionários, cabe àquele ser responsabilizado de forma subsidiária.

Nessa esteira, desde já registramos, respeitosamente, que não ousamos divergir por completo da tese acima advogada, porém, entendemos, em consonância com os mandamentos constitucionais, que o referido posicionamento do STF deve ser “alargado” a bem do nosso Estado Democrático de Direito, de uma equânime distribuição de renda, da erradicação das desigualdades sociais e por ser dever da Administração Pública como um todo gerir o orçamento e serviços públicos sempre de forma responsável e diligente, conforme discorreremos nas linhas vindouras.

Por outro lado, apenas a título de ilustração, é de se consignar que o entendimento do TST quanto à aplicação da sua antiga Súmula 331, item IV em casos de terceirização de serviços implementadas pela Administração Direta e Indireta, durante muito tempo foi posição uníssona adotada pelos Tribunais Regionais do Trabalho dos Estados da nossa Federação, sendo certo que vários dos Pretórios Obreiros de 2ª Instância editaram suas próprias súmulas no tocante à responsabilidade subsidiária da administração pública. Assim, vejamos o teor da Súmula n.º 11, elaborada pelo E.TRT da 4ª Região, localizado no Rio Grande do Sul:

Súmula n.º 11 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI 8.666/93.

A norma do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços. **Resolução Administrativa n.º 07/1999.** (BRASIL, 1999)

Frise-se, ainda, o entendimento firmado pelo Egrégio TRT da 12ª Região, localizado em Santa Catarina, em acórdão da lavra do Julgador Juiz Jorge Luiz Volpato, nos autos do proc. 02428-2008-004-12-00-2 (RO), cuja publicação se deu em 24.09.2010, no seu DEJT:

Responsabilidade subsidiária. Ente público. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n.º 8.666/93). (Súmula n.º 331, item IV, do TST).

Em posicionamento distinto ao dos que defendiam a aplicação irrestrita da antiga Súmula 331, IV, do C. TST, é de sobrelevar importância transcrever a ementa do r. acórdão exarado nos autos do proc. 0000248-60.2010.5.12.0032, com tramitação perante o E. TRT da 12ª Região, que teve como Juíza Relatora, a Dra. Mari Eleda Migliorini, com publicação no dia 03.09.2010:

Responsabilidade subsidiária. Administração pública. Inteligência do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. **Reconsideração do entendimento sobre a matéria. Havendo vedação legal e inexistindo nexos de causalidade entre o comportamento do**

gestor público e a lesão ao direito do trabalhador, revela-se incabível condenar subsidiariamente o ente da Administração Pública Direta ou Indireta ao pagamento das verbas laborais não satisfeitas pela empregadora contratada por meio de procedimento licitatório. (grifo nosso)

Sem mais delongas, passemos à análise do posicionamento da Justiça Obreira quanto à celeuma jurídica e jurisprudencial que ora nos propomos abordar.

3 O POSICIONAMENTO DA JUSTIÇA LABORAL DIANTE DA ADC 16 E A ANTIGA SÚMULA 331, IV, DO TST

A Justiça Laboral Pátria, que, diga-se de passagem, vem dando grande contribuição para o aperfeiçoamento do nosso Estado Democrático de Direito, através das suas decisões judiciais céleres, econômicas e efetivas, também vem dando saltos largos em respeito à concretização e à aplicação do postulado constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), pois vem, de forma incessante e brilhante se informatizando e pondo em prática os ditames legais insertos na Lei n.º 11.419/06 (Informatização do Processo Judicial), tendo logrado êxito em possuir o primeiro Tribunal do País com processo totalmente eletrônico, qual seja, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (TRT 13ª Região), localizado no estado da Paraíba, sendo de bom alvitre consignar que a elaboração da Lei 12.275/10, que disciplina a nova sistemática para a interposição dos agravos de instrumento na seara juslaboral, vem imprimindo maior agilidade e efetividade nas decisões judiciais oriundas dessa Justiça Especializada.

Nesse norte, sempre imbuída dos primados acima, bem como do senso de justiça, equidade e respeito aos preceitos embaixadores da Administração Pública (art. 37 CF/88), a Justiça Obreira Brasileira também alicerçada nos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (arts.1º, 3º e 170, da CF/88) tem interpretado o art. 71 da Lei 8.666/93 no sentido de responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública pelos inadimplementos dos empregadores/empresas terceirizadas. Nesse diapasão, vale transcrever o posicionamento do Ministro Rider Nogueira de Brito, no Ofício TST. GP n.º 113/2007, juntado aos autos da ADC 16, *in verbis*:

Verifica-se que em nenhum momento o Tribunal cogitou de declarar inconstitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apenas afirmou que a sua aplicação, relativamente aos contratos de terceirização de mão-de-obra firmados pela Administração Pública em geral, empresa públicas e sociedades de economia mista, está submetida, também, à regência de outros dispositivos constitucionais e legais. (BRASIL, 2011)

Nas informações concedidas e remetidas pelo TST ao STF, vê-se que a Cúpula do Judiciário Trabalhista, na verdade, repetiu parte da fundamentação inserta no incidente de uniformização de

jurisprudência (IUI-RR-297.751/96), que ensejou a redação do item IV da Súm. 331 do C. TST. Dessarte, vejamos os fundamentos do supramencionado incidente, *in verbis*:

Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, **é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.** Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, **deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e,** conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. **Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.** Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. **(grifos nossos).**

Dos argumentos supra em destaque, infere-se que o regramento do art. 71 da Lei 8.666/93 só deve ser aplicado em situações de normalidade, legalidade e licitude quando do desenvolvimento das atividades laborativas. Outrossim, depreende-se, também, que, havendo o inadimplemento do empregador direto quanto às verbas trabalhistas ou de subsistência, deve, o ente público tomador de mão-de-obra, ser responsabilizado de forma subsidiária. Ora, nessas hipóteses, percebe-se que não se pode deixar de lhe condenar, em decorrência do seu comportamento omissivo ou irregular, haja vista que, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, incorre em típica *culpa in vigilando*, acrescentando-se ainda, que nessas circunstâncias devem-se privilegiar os princípios de proteção do trabalhador, de valorização do trabalho e da moralidade pública. De igual modo, por derradeiro, constata-se que foi inserido o art. 37, § 6º, da Lei Maior de 88, o qual consagra a responsabilidade objetiva do Estado, dando a entender que seria aplicável ao contexto da terceirização.

Pois bem, ao analisarmos a questão e os argumentos em comento, desde já, respeitando-se os entendimentos e correntes em contrário, em especial o próprio teor do r. aresto exarado nos autos da

ADC 16, pela Egrégia Corte Constitucional do nosso país, entendemos que o posicionamento do C. TST, timbrado na antiga Súmula 331, IV, era o que melhor se coadunava com as regras e preceitos constantes do estuário normativo pátrio, pois, em nosso modesto pensar, as regras positivadas na legislação pátria não podem ser aplicadas de forma isolada, fria, automática, legalista, crua e positivista, sob pena de se cometer uma injustiça, pensando-se ter feito justiça. Note-se que, a atitude robótica de aplicar, de forma isolada e positivista, a regra legal ao caso em discepção enseja uma tremenda injustiça sob o manto da legalidade, pois como se sabe, nem tudo que é legal é justo, e nem tudo que é considerado justo, encontra-se de mãos dadas com a lei.

Corroborando o entendimento supra, acostamo-nos ao escólio da doutrinadora Barros (2008), que preceitua:

[...] as decisões devem assentar-se nos princípios jurídicos, e não apenas na letra supostamente suficiente do legislador. Esses princípios segundo a doutrina de Plá Rodriguez, podem ser assim enumerados: princípio da proteção, da primazia da realidade, da irrenunciabilidade, da continuidade, da boa-fé e da razoabilidade.

Em outros termos, as regras jurídicas devem ser aplicadas em total harmonia com os **princípios constitucionais** que servem de base para a formação e a consolidação do nosso Estado Democrático de Direito, acrescentando-se, por oportuno, que, a não aplicação da antiga Súmula 331, item IV, do TST, nos casos de terceirização de mão-de-obra, termina por macular e afrontar, de forma insofismável, os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho humano, bem como o preceito juslaboral da proteção.

4 OS NOVOS CONTORNOS DA SÚMULA 331 DO C. TST APÓS A ADC 16

Durante o período de 16 a 20 de maio de 2011, realizou-se, no âmbito do C. TST, a “Semana do TST”, na qual os seus 27 ministros debateram a jurisprudência e as normas internas e externas que regem a prestação da jurisdição no Tribunal. Como corolário, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou, no dia 24 de maio, com publicação no dia 30 de maio de 2011, perante o DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, uma série de mudanças em sua jurisprudência, com alterações e criação de novas súmulas e orientações jurisprudenciais.

Nesse movimento, os Ministros tiveram a oportunidade de consolidar o posicionamento do Tribunal em relação a temas como a estabilidade para dirigentes sindicais e suplentes, contrato de prestação de empreitada de construção civil e responsabilidade solidária, bem como a Súmula 331, que trata da tão conhecida responsabilidade subsidiária na terceirização.

Quanto a este último tema, ante a sua importância para o nosso estudo, vejamos a nova dicção da súmula 331 do C. TST, *in verbis*:

SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, 2011)

Pois bem. Infere-se, da inteligência da novel Súmula do TST, que a Excelsa Corte Obreira do nosso país, em respeito aos preceitos da legalidade e da segurança jurídica e, por conseguinte, ao nosso Estado Democrático de Direito, resolveu acompanhar o posicionamento da nossa Corte Constitucional quando do julgamento da ADC 16. Noutros dizeres, pontilhe-se que o TST deu nova redação ao item IV, e acrescentou os itens V e VI ao corpo jurisprudencial da Súmula 331 do TST, tudo com os olhos voltados à recente decisão judicial prolatada pelo STF na ação supramencionada.

Depreende-se da nova literalidade do item IV do verbete 331 do C. TST, que os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista foram isentados da responsabilidade subsidiária anteriormente reconhecida.

Hodiernamente, os entes públicos da administração direta e indireta respondem subsidiariamente em caso de inadimplência do empregador principal, nos casos que fique evidenciada a sua conduta culposa, em desacordo com a Lei de Licitações, especialmente no tocante à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço (empregadora direta). Acrescentando-se que o mero inadimplemento da empresa prestadora de serviços não acarretará, por si só, e como consequência imediata, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Com efeito, impende destacar que, conforme estatuído no tópico VI da Súmula 331 do C. TST, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrangerá todas as verbas decorrentes da condenação referente a todo o período de prestação de serviços, isto é, vê-se que a responsabilidade subsidiária englobará todas as verbas de natureza trabalhista, previdenciária, fiscais e indenizatórias.

Ressalte-se, respeitando-se as correntes em contrário, que, no nosso sentir, a responsabilidade subsidiária da administração pública, em caso de inadimplemento da empresa contratada, não deve se restringir, tão somente, as hipóteses fáticas em que se comprovar em juízo a falta de fiscalização e/ou omissão do ente administrativo, quanto o desempenho das atividades laborativas do empregador. Pelo contrário, sempre que houver um contrato celebrado entre a Administração Pública e uma empresa terceirizada, beneficiando-se àquela de forma direta ou indireta do labor desenvolvido pelos funcionários desta, deve, o ente público, ser responsabilizado de forma subsidiária, em homenagem aos vértices normativos constitucionais e trabalhistas, ao preceito estatuído no art. 5º da lei introdução ao direito brasileiro, o qual aduz que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, e, precipuamente, ao coração jurídico do trabalhador, a saber, os direitos sociais constitucionais positivados no art. 7º da CF/88. Ora, não pode, a parte humana e mais fraca da relação jurídica laboral e processual, ser penalizada em virtude da negligência e da inobservância da lei pela empresa prestadora e entidade tomadora de serviço, sob pena de se malferir o preceito da proteção, que sempre deve reger e servir de norte ao direito laboral.

Cumprido destacar, de forma incisiva, que o nosso posicionamento é no sentido de que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública seja de caráter objetivo, e não de forma subjetiva, conforme preceitua a nova redação da Súmula 331, tópico V, sob pena de se violar e afrontar, de forma cabal, o “coração jurídico do trabalhador”, termo este modestamente levantado por nós, com o escopo de explicitar que, não tendo, o trabalhador hipossuficiente, uma mínima garantia de que irá receber os seus créditos alimentares de forma subsidiária pela Administração Pública, terá o seu coração jurídico violado, ou seja, todos os direitos sociais inseridos no art. 7º da CF/88, bem como outros que visem à melhoria de sua condição social serão flagrantemente feridos de morte. Nessa esteira, registre-se, por oportuno, que o legislador constituinte, após a onda de constitucionalização dos direitos sociais, através da Constituição Mexicana (1917) e Constituição de Weimar (1919), vem reservando maior atenção e respeito quanto à inserção dos direitos sociais e trabalhistas no sistema jurídico pátrio, pois, a partir da Carta Republicana de 1934, já na Era Vargas, encontrava-se o art. 121, e seus parágrafos, onde, de forma objetiva, restavam timbrados uma série de direitos trabalhistas em benefício da sociedade daquela época, acompanhando assim, a conjuntura mundial trabalhista.

Neste contexto, cumpre salientar que a atitude do Poder Legiferante, ao inserir os direitos trabalhistas no corpo das nossas Cartas Ápices, terminou por homenagear o preceito da dignidade da pessoa humana e da proteção, sendo certo que a nova Súmula 331 do C. TST deve ser aplicada em sintonia com a aludida tendência, em homenagem aos primados constitucionais e trabalhistas.

Nesse sentido, vale explicitar que o significado da dignidade da pessoa humana para o sistema jurídico é um tema bastante polêmico e que tem propiciado uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial, de modo que, não almejando esgotar a temática, pois não é objeto principal do nosso estudo, nos acostamos à sábia e brilhante conceituação do jurista Sarlet (2004) onde preconiza que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por outro aspecto, é de se esclarecer que os direitos sociais positivados nas nossas constituições encontram-se em total harmonia com o preceito trabalhista da proteção, o qual segundo Delgado (2009) reza que:

[...] informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípio e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o obreiro -, visando retificar ou atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Diante de tudo que foi exposto, e, tendo em vista que os preceitos constitucionais e trabalhistas são a razão normativa que norteiam o direito laboral com o escopo de dignificar o homem e o trabalho com uma maior distribuição da renda, percebe-se que o teor da nova Súmula 331 do C. TST merece uma exegese sistemática, teleológica e em conformidade com a Constituição Federal de 88, de modo que se possa estender a responsabilidade subsidiária da administração pública direta e indireta em quaisquer casos de inadimplência da empresa Prestadora de serviços.

5 CONCLUSÃO

Em apertada síntese, registre-se que nem de longe temos como objetivo criticar pensamentos, decisões judiciais ou a redação da nova Súmula 331 do C. TST, nem muito menos criar verdades absolutas, até porque essas não existem, ao contrário, este incipiente ensaio surgiu

com o escopo de trazer à baila algumas informações e posições doutrinárias e jurisprudenciais no tocante à r. decisão judicial prolatada pelo STF nos autos da ADC 16, onde analisou-se a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, bem como confrontou-se a regra jurídica do referido dispositivo legal e o teor da antiga Súmula 331, item IV, da Alta Corte Trabalhista (TST).

Outrossim, observamos os reflexos do julgamento do STF sobre a ADC 16 na elaboração da nova Súmula 331 do C. TST e, em seguida, nos posicionamos no sentido de que a responsabilidade subsidiária da administração pública, em caso de inadimplemento da empresa contratada, não deve se restringir tão-somente as hipóteses fáticas em que se comprovar em juízo a falta de fiscalização e/ou omissão do ente administrativo quando da análise do desempenho das atividades laborativas do empregador. Ao revés, sempre que houver um contrato celebrado entre a Administração Pública e uma empresa terceirizada, beneficiando-se àquela de forma direta ou indireta do labor desenvolvido pelos funcionários da empresa privada condenada, deve, o ente público, ser responsabilizado de forma subsidiária, em homenagem aos princípios constitucionais e trabalhistas, ao postulado da dignidade da pessoa humana, que deve sempre servir de norte para a interpretação das normas na seara juslaboral, ao preceito estatuído no art. 5º da lei introdução as normas do direito brasileiro, e, precipuamente, em respeito ao coração jurídico do trabalhador, leiam-se direitos sociais fundamentais elencados no art. 7º da Norma Ápice de 1988, que, para nós, é de cláusula pétreia, consoante dicção do art. 60, §4, inc. IV, do mesmo diploma normativo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de Barros. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2008.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 9 nov. 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado **Federal**, 1988.

_____. Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. CAHALI, Yussef Said (Org.). **Lei de introdução as normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 148-153.

_____. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 09 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. Ação movida pelo Governador do Distrito Federal com pedido de liminar. Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 173, 09 set. 2011. Disponível em: <<http://www.marinela.ma/i/f/adc16.inteiro%20teor%20acordao.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Súmula nº 11. **Responsabilidade** subsidiária da Administração Pública direta e indireta. Contratos de prestação de serviços. Lei 8666/93. **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 10, 11 e 12 maio 1999. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/sumula>> Acesso em: 09 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331 Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, DF, 27, 30 e 31 maio 2011. Edição 738 (p. 14 - 17), 739 (p. 10 - 13) e 740 (10 - 14). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 18 jul. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

GEMINIANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei 8.666/1993 e a Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente? Disponível em: <http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/TD09-Tereza-Gemignani-ARTIGO-71-da-LEI-8.666-93-e-S%C3%A9MULA-331-do-C.-TST.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. 4. ed.. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Daniel Guarnetti dos. As repercussões jurídicas do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 em face da Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18167>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

UNIÃO não é responsável por pagamentos trabalhistas na inadimplência de empresas contratadas. Disponível em: <<http://procuradoriafederal.ufsc.br/files/2010/06/Uni%C3%A3o-n%C3%A3o-%C3%A9-respons%C3%A1vel-por-pagamentos-trabalhistas-na-inadimpl%C3%Aancia-de-empresas-contratadas.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2012.

O INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Lúcia Regina Melo de Andrade

Graduada em Direito pela UFPB, advogada e pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP-ANHANGUERA
e-mail: luciareginaa@bol.com.br

RESUMO

O presente artigo tem por escopo o estudo de um instituto dedicado a desempenhar um papel atrelado à efetividade da prestação jurisdicional. O interesse pelo tema adveio de sua atualidade e da pertinência de sua prática diante da presente conjuntura jurídica. Nesse sentido, teremos a conciliação como um instrumento apto a complementar a jurisdição, garantindo um amplo acesso à justiça, cumprindo o preceito fundamental do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, concretizando o fundamento social de pacificação dos conflitos. Ademais, a previsão do art. 5º, LXXVIII, que trata da razoável duração do processo, veio incentivar e legitimar iniciativas que prestigiem a sociedade com soluções justas, satisfatórias e tempestivas, conforme atuam as práticas conciliatórias.

Palavras chave: Prestação Jurisdicional. Conciliação. Pacificação Social dos Conflitos. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

The scope of this paper is the study of an institute dedicated to play a role linked to the effectiveness of judicial assistance. Interest in the subject has come from its current and relevance of their practice before the present legal situation. In this sense, we have the conciliation as a suitable instrument to complement the jurisdiction, ensuring wide access to justice, complying the fundamental precept of art. 5, XXXV of the Federal Constitution of 1988, solidifying the foundation of social pacification of conflicts. Furthermore, the forecast of art. 5, LXXVIII, which deals with the reasonable duration of the process came to legitimize and encourage initiatives that prestige society with fair solutions, satisfactory and timely, as working practices conciliatory.

Keywords: Judicial Assistance. Conciliation. Social Pacification of Conflicts. Access to Justice.

1 INTRODUÇÃO

O atual anseio da sociedade pela prestação jurisdicional efetiva e célere traz à tona o interesse pelo estudo de soluções de conflitos como alternativa à jurisdição estatal, que são os chamados equivalentes jurisdicionais. Nessa perspectiva, os estudos desenvolvidos pela moderna doutrina processualística estão voltados ao encontro de meios aptos a complementar a prestação jurisdicional, tudo em consonância com a terceira onda de acesso à justiça, conforme foi apregoado por Cappelletti; Garth (1988), conforme veremos adiante.

Ademais, com o advento do neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais passaram a ocupar, de modo crescente, um lugar de destaque nas Constituições de vários países. Tal fenômeno também foi vivenciado no ordenamento pátrio por meio da Constituição Federal de 1988. E é dentre

o rol desses direitos que destacamos, no presente estudo, as normas do art. 5º, XXXV e LXXVIII, as quais tratam, respectivamente, do acesso à justiça e da razoável duração do processo, como direitos fundamentais que tem como propósito maior a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com amparo nessa perspectiva, propomo-nos à análise do instituto da conciliação, uma vez que o mesmo visa garantir um amplo acesso à justiça, com observância do princípio da razoável duração do processo, o qual veio incentivar e legitimar iniciativas que prestigiem a sociedade com soluções justas, satisfatórias e tempestivas. É importante ressaltar que a relevância do tema ganhou destaque no projeto de lei do novo código de processo civil (CPC) e na campanha realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ - “Conciliar é legal”, com constante conscientização da sociedade e dos magistrados da importância das práticas conciliatórias, inclusive, contando com uma semana dedicada a sua prática em todos os tribunais, realizada anualmente.

Assim sendo, o presente artigo tem como escopo a realização de um estudo acerca do instituto da conciliação, que desempenha um importante papel atrelado à efetividade da prestação jurisdicional, pois, embora a previsão do instituto não seja recente em nosso ordenamento, devemos reconhecer que é preciso haver uma maior divulgação e conhecimento deste meio alternativo e complementar de solução de conflitos, a fim de que os profissionais do direito e os estudantes alcancem a conscientização de que precisamos sair, paulatinamente, de uma cultura de sentença para uma cultura de pacificação, conforme passaremos a analisar.

2 PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A convivência social, atrelada aos seus naturais e previsíveis conflitos, enseja a regulamentação, isto é, torna premente a existência de órgãos e estrutura que legitimem o controle dessa convivência, impondo conduta como resultado de regras e normas, visando concretizar o equilíbrio dos conflitos resultantes de divergências de interesses, para que, finalmente, seja alcançada a pacificação social do conflito.

Destarte, dentre as suas funções, o Estado exerce a tutela jurídica da sociedade, mediante a atuação do Poder Judiciário. Consoante o brocardo latino *ubi societas ibi jus*, ou seja, onde há sociedade há direito, apreende-se a importância e indispensabilidade adquirida por esta tutela em decorrência da evolução da sociedade.

A faceta jurídica do Estado, realizada na denominada jurisdição, tem como fim precípua a coordenação de interesses, primando pela máxima concretização dos valores humanos e objetivando o desgaste mínimo decorrente dos conflitos que se verificam entre os membros da sociedade. Outrossim, embora a jurisdição estatal seja a regra, podemos distinguir, basicamente, três meios que

nos são postos para solucionar os conflitos, são eles: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

A autotutela tem sua origem em civilizações primitivas, quando cabia ao particular sobrepor o seu direito ao dos demais indivíduos, visto que inexistia um órgão estatal com soberania e autoridade a fim de assegurar a realização do direito, já que neste período nem lei formalizada havia. Portanto, apreendemos que a autotutela não garante a justiça, pois vence o mais forte. Embora seja inegável a precariedade de tal meio, pois cabe ao Estado a prestação jurisdicional, devemos ressaltar que há exceções previstas esparsamente no ordenamento pátrio, a exemplo dos arts. 24 do Código Penal, 578 e 1.210, § 1º, do Código Civil (CALMON, 2007).

A autocomposição é um meio de solução dos conflitos que está pautado no acordo entre as partes, podendo ser bilateral, como a transação, bem como unilateral, quando teremos a renúncia ou a submissão. Como a solução encontrada funda-se no diálogo e no consenso entre as partes, concluímos ser o meio mais autêntico e legítimo de conflitos. Poderá ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional. Pontilhe-se que conciliação, na verdade, é a maneira como se chega à transação, mas, no presente trabalho, ambas serão utilizadas como sinônimo, já que assim consagrado na prática. Logo, conciliação e mediação são exemplos de soluções autocompositivas. Desse modo, a autocomposição forma, ao lado da jurisdição, legítimos meios de solução dos conflitos.

Por fim, a heterocomposição é exercida por um terceiro que passa a exercer, de maneira imparcial, a condução na busca da solução de conflito, substituindo para isso os titulares dos interesses conflitantes. O meio de solução em estudo ocorre na jurisdição, que conforme visto, é a regra, e na arbitragem. Observemos que por mais qualificada que seja a decisão heterônoma, ela será uma intervenção na atividade privada e certamente não terá o mesmo grau de aceitação, e em relação à qual a parte tenderá a encontrar formas de a ela se opor.

Ocorre que, nos dias atuais, o Poder Judiciário vem encontrando dificuldades em concretizar, de maneira eficiente, seu objetivo primordial, qual seja, a solução pacífica dos conflitos, haja vista que, para alcançar a efetividade da prestação jurisdicional, prevista no princípio da razoável duração do processo do art. 5º, LXXVIII, da Carta Maior, é necessário que possua não apenas a validade formal da lei, mas que a integre com a sua validade sócio-cultural e sua legitimidade ética. Assim, alguns obstáculos devem ser superados.

Para Grinover (1990, *apud* CALMON, 2007, p.45) os principais fatores são:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental, a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhes atribuem, a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito e a deficiência do patrocínio gratuito

A denominada cultura da sentença leva o magistrado a acreditar que, diante de inúmeros processos a serem julgados pelo mesmo, a melhor e mais cômoda saída será proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção de soluções amigáveis de conflito. Esta mesma convicção é compartilhada pelos futuros profissionais ainda em sua formação acadêmica, pois, nos cursos de Direito, os alunos são preparados para o conflito, enquanto que para acadêmicos de alguns países, como os Estados Unidos, há a preparação efetiva para o consenso.

O sistema recursal composto por um arcabouço de recursos torna muitos processos infundáveis, procrastinando a prestação jurisdicional, coadunando-se com a ideia já pacificada de que justiça tardia não é justiça. Podemos, ainda, mencionar a deficiência na estrutura física e de pessoal no patrocínio gratuito utilizado por grande parcela da população brasileira.

Diante de todo o exposto, sem a pretensão de esgotar os fatores, percebe-se que existe uma junção de fatores que contribuem para a atual conjuntura, porém é indispensável a busca por novas saídas para essa situação, que se verifica não apenas em nosso país, mas em todo o mundo.

3 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS (*ADR - ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*)

Soluções alternativas estão sendo desenvolvidas e aplicadas por muitos países com o intuito de satisfazer e complementar a jurisdição. Diante da criação de inúmeros métodos, surgiu o Sistema Multiportas de resolução de conflitos, definido como a prática de diversos meios adequados de solução de conflitos, que é uma denominação inspirada na experiência ocorrida nos EUA, que atua com a sigla ADR - *Alternative Dispute Resolution* - significando Alternativa de Solução de Conflito.

A Europa, sempre tradicional, apresenta resistência às mudanças. Assim sendo, tais práticas alternativas de conflitos são desenvolvidas com cautela e de maneira gradativa, e, por enquanto, mais relacionadas ao direito do consumidor, às questões ecológicas e de família. Em iniciativas comunitárias, como os tratados e programas comunitários desenvolvidos pela Comunidade Europeia, também tem sido verificada a prática dos mecanismos para a obtenção da autocomposição, como a conciliação.

No mundo oriental é antiga a cultura de conciliação, constituindo-se, até hoje, como o principal meio para a solução de conflitos. A importância desse instituto milenar do direito chinês pode ser compreendida nas palavras de Lagrasta Neto.

[...] o instituto milenar do direito chinês, baseado na filosofia de Confúcio, sob o nome de *shuo full*, que presume a persuasão pelo diálogo, que tem início no lar, chega à rua, ao bairro, e se transforma numa grande assembleia, visando demover os litigantes, pois que apenas as pessoas despidas de bom-senso é que recorrem ao Judiciário. (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2007, p. 13)

Ainda que inúmeras sejam as experiências estrangeiras ater-nos-emos à vivenciada nos EUA, já que foi fonte de inspiração para as atuais. Assim, as ADRs conjugam institutos responsáveis pela maior celeridade dos processos e são aplicados rotineiramente naquele país. Citando alguns mecanismos teremos: a arbitragem, onde, por meio heterocompositivo, um terceiro imparcial determina o direito; o *court-annexed arbitration*, em que a arbitragem é realizada anexa ao Tribunal; *rent a judge*, ou juiz de aluguel, quando é contratado um árbitro para, apenas, prolatar a sentença do processo em que toda a instrução foi realizada pelo juiz; med/arb, quando se inicia com a mediação e, caso seja, ela frustrada terá seguimento com a arbitragem; *focused group*, onde um grupo assessor previamente escolhido pelas partes oferecerá uma opinião sobre o conflito; a conciliação, mecanismo autocompositivo vinculado ao poder Judiciário; negociação; mediação; *mini-trial*, que não possui força vinculante, mas funciona como um júri simulado, apresentando um provável resultado do que ocorrerá em um tribunal, dentre outros (CALMON, 2007).

O sistema norte-americano possui as suas peculiaridades, porém serve de inspiração para que países possam fazer adaptações às suas próprias realidades. Assim, o resultado dessas práticas alternativas está refletido na reduzida quantidade de processos que chegam ao julgamento final no mencionado país.

No Brasil, teremos a sigla MASC para nos reportarmos aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, que são os meios diversos da tradicional jurisdição estatal e que tem a finalidade de, com eficiência, atingir à pacificação social. Dentre os meios adequados de solução aplicados em nosso país temos a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação. Em breves linhas vejamos cada uma delas.

A arbitragem é um processo legal, porém não-judicial uma vez que não se processa pelo Poder Judiciário. Conforme a Lei n. 9.307, de 1996, haverá um terceiro imparcial, o árbitro, responsável pela prolação da sentença arbitral, que tem o mesmo valor da sentença judicial.

A mediação apresenta-se como um mecanismo de obtenção da autocomposição, com a participação de terceiro imparcial para ajudar as partes a alcançar, voluntariamente, uma solução por ambos aceitável. Difere da conciliação por utilizar técnicas específicas, as quais não nos é oportuno detalhar, e por ser indicada em questões que envolvam conflitos de ordem subjetiva. Atualmente, não é tratada na legislação brasileira, porém é amplamente prevista no projeto do novo Código de Processo Civil - CPC, na Seção V, ao lado da conciliação. Inclusive o art. 144, §1º, do projeto de lei do novo CPC aproxima os dois institutos, ao prever que os princípios que as informam, quais sejam: da independência; da neutralidade; da autonomia da vontade; da confidencialidade; da oralidade e da informalidade. Por outro lado, o art. 145 do projeto apresenta distinção quanto aos mesmos.

Portanto, podemos afirmar que a conciliação é mecanismo apto a concretizar a autocomposição de interesses conflitantes, sendo mais adequada à resolução de conflitos objetivos.

Pode ocorrer fora ou dentro do processo, e guarda consonância com as normas da Constituição Federal.

A negociação é um meio autocompositivo que apresenta como característica principal a ausência de terceiro, marcada pela conversa direta entre os envolvidos de interesses conflitantes. Possui aplicabilidade no conflito de relações contratuais continuadas entre pessoas jurídicas, e mais raramente, entre pessoas físicas como nas que figuram nos contratos de locação e em relações de família, nos diversos conflitos sejam civis ou comerciais. No direito pátrio, temos exemplos de negociação coletiva no Direito do Trabalho, com as convenções coletivas e os acordos coletivos. A negociação é, ainda, o método próprio da diplomacia na resolução de conflitos internacionais.

Vimos, então, que há uma gama de meios previstos para solucionar os conflitos. Com divisão mais ampla podemos afirmar que há os meios que ocorrem no processo ou são levados ao processo com finalidade de receber a autoridade de sentença homologatória e os meios que ocorrem fora do processo, instruídos por pessoas diversas das que compõem a estrutura judicial.

Além da necessidade da criação e do aprimoramento desses meios, devemos ter em mente que quaisquer deles deverá se inserir em um sistema idôneo, correspondendo aos anseios da sociedade e em conformidade com a cultura pátria. Deverá ter como fulcro incrementar a regra jurisdicional de solução, ensejando uma real efetividade ao processo.

4 PREVISÃO DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Reportando-nos à experiência vivenciada no Brasil quanto ao instituto da conciliação, apreendemos que, já na primeira constituição brasileira, ou seja, a Constituição Imperial de 1824, havia a previsão do instituto. Portanto, no art. 161 do citado Diploma Magno estava instituída a conciliação prévia obrigatória, estabelecendo que processo algum pudesse ser iniciado sem ser intentada a conciliação. Vejamos: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum” (BRASIL, 1824).

O Código de Processo Civil de 1850 - Regulamento nº. 737 - previa que nenhuma causa seria proposta em juízo contencioso sem que antes tivesse sido tentada a conciliação, por ato judicial ou por comparecimento voluntário das partes. Cabe-nos cientificar que o Regulamento nº. 737 era, originalmente, exclusivo para as causas comerciais, com a Proclamação da República este dispositivo legal passou a ser estendido a todas as causas cíveis pelo Regulamento 763.

Porém, através do Decreto nº. 359, de 26 de abril de 1890, foram revogadas as leis que exigiam a tentativa de conciliação preliminar, sendo tal prática textualmente extinta.

Somente com a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, em 1º de maio de 1943, a atividade conciliatória voltou ao cenário legislativo brasileiro. Com isso, teremos o art. 764

dispondo sobre a conciliação nos dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho.

Em continuidade, a Lei nº. 968, de 1949, apresentou fase preliminar de conciliação nas causas de alimentos e de desquite litigioso. Trazia, no art. 1º, uma redação determinando que o juiz, ao ouvir pessoalmente os litigantes, deveria promover reconciliação ou a transação entre as partes antes mesmo de despachar a petição inicial (CALMON, 2007).

Atualmente, temos uma seção exclusiva acerca da conciliação no capítulo pertinente à audiência no diploma processual civil de 1973. Há, ainda, dispositivos esparsos ao longo do CPC, que tratam da conciliação, seja no procedimento ordinário, art. 331, no procedimento sumário, art. 277, ou para procedimentos especiais, conforme o disposto no parágrafo único do art. 272, portanto, abrangendo, aí, as Leis 9.099, de 1995 e a 10.259, de 2001, que regulam os Juizados Especiais.

Outrossim, no diploma processual civil podemos verificar a conciliação como forma autocompositiva geradora da extinção do processo com resolução do mérito, art. 269, incisos II, III e V. Temos também a atividade do conciliador prevista no § 1º do art. 277 CPC.

Posteriormente, com a Lei 9.958/2000, a CLT teve o acréscimo dos arts. 625-A e seguintes, instituindo as importantes e polêmicas Comissões Prévias de Conciliação.

Entretanto, apesar de toda essa previsão legislativa dispensada ao instituto, na prática, sabemos que ainda não apresenta resultados esperados, visto que a previsão é cumprida como mera formalidade por muitos magistrados. Entretanto, na Justiça do Trabalho e nos juizados especiais a prática é muito mais intensa e eficaz por parte dos mesmos.

Assim, diante da importância que as vias conciliatórias representam na sociedade contemporânea, em toda a parte, o instituto renasceu no Brasil consoante o explanado, apesar de ainda não estar sendo operado de maneira ampla e intensa.

5 FUNDAMENTOS DA CONCILIAÇÃO

O instituto da Conciliação, consoante já exposto, é um mecanismo que tem por finalidade obter a autocomposição, a ser alcançada com o auxílio e o incentivo de terceiro, seja ele o juiz ou um conciliador que possua treinamento específico. É, portanto, uma ação voluntária que cria um ambiente propício ao mútuo consentimento e à conseqüente harmonização das relações.

A justiça conciliatória ressurge e procura se aperfeiçoar dentro de um contexto de morosidade, entraves ao acesso e alto custo do processo, donde erige o primeiro fundamento das vias conciliatórias, que é o fundamento funcional. Este, procura racionalizar a distribuição da justiça, ensejando a desobstrução dos tribunais, buscando melhorar o desempenho e a

funcionalidade da justiça, sendo disponibilizado como instrumento a ser utilizado no quadro da política judiciária.

Entretanto, a conciliação atende não apenas à questão da funcionalidade do aparelho jurisdicional, mas, sobretudo, ao fundamento social, baseado na função de pacificação social, conforme explanado anteriormente. No que concerne ao fundamento da pacificação, Grinover; Watanabe; Lagrasta Neto (2007, p. 3) consideram que:

[...] via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se como todos os meios na execução; e que, de qualquer modo se limita a solucionar a parcela da lide levada a juízo, sem disponibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do *iceberg*. Por isso mesmo, foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige para o futuro.

Há, por fim, a terceira dimensão das vias conciliatórias, pautada em seu fundamento político. Este se reflete no princípio participativo, onde temos a atuação popular na administração da justiça, seja com a intervenção na hora da decisão, como instrumento de garantia, seja no que se refere ao controle sobre o exercício do poder.

O princípio participativo pode se manifestar de variadas formas, tais como: tomada de consciência, reivindicação, realização de serviços, consultas, intervenção nas decisões, etc. resultando em meio de intervenção popular direta.

Assim, os fundamentos das vias conciliatórias, amplamente considerados, são os fundamentos funcional, social e político, que coexistem harmonicamente e se complementam para formar o instituto da conciliação em sua completude.

6 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONCILIAÇÃO

O direito processual constitucional não se refere a um ramo autônomo do direito processual. Trata-se de um estudo do ponto de vista sistemático e metodológico, que vem sendo objeto de análise por grandes nomes, dentre os quais podemos destacar Liebman, Calamandrei, Cappelletti, José Frederico Marques e Kazuo Watanabe.

O instituto da conciliação encontra amparo na Constituição Federal - CF, pois se insere implicitamente dentro dos propósitos almejados pelos direitos fundamentais que compõem o grupo de tutela constitucional do processo. Logo, podemos concluir que estes princípios fundamentais são explicações teóricas que serão concretizadas mediante ações específicas e mecanismos aptos para

tal. A título de exemplo, podemos citar os mecanismos para obtenção da autocomposição, onde está a conciliação (BUENO, 2004).

Acompanhamos, nas últimas décadas, a crescente percepção e a valorização das normas constitucionais como norma fundamental do ordenamento jurídico. A Constituição passa de carta política de conteúdo programático, passa a ser compreendida como lei superior, onde a maioria de suas normas é dotada de efetividade e aplicabilidade, como são as normas de direitos fundamentais.

Embora tenhamos em nossa Constituição a previsão de normas processuais norteadoras de todo o processo, elas não são incorporadas em sua inteireza, conforme bem esclarece Guerra (2004, *apud* ABREU; OLIVEIRA, 2007, p. 638):

A processualística nacional ainda não incorporou, plenamente, as novas ferramentas conceituais fornecidas pelo moderno constitucionalismo, mas precisamente pela teoria dos direitos fundamentais. Tais ferramentas possibilitam uma impressionante melhora de qualquer sistema legal vigente, independente de reformas legislativas, servindo, de um lado, para dimensionar os próprios problemas a serem resolvidos e, de outro lado, para extrair do sistema posto o máximo de eficácia nas respectivas soluções.

Desse modo, a fim de garantir a eficácia plena, partiremos para o estudo dos princípios constitucionais do processo que guardam relação com o instituto da conciliação, verificando como este encontrará aparato jurídico naqueles. Amparada neste propósito iremos nos ater apenas, a determinados princípios em que a relação é observada.

Iniciando a análise da correlação dos princípios com o instituto em comento, vejamos:

O princípio do contraditório é indispensável para que as partes envolvidas tenham conhecimento dos atos praticados tanto pelo juiz como pela outra parte; pode ser entendido como um sistema de diálogo e transparência, traços que são muito próximos ao presente nos mecanismos de autocomposição. O instituto da conciliação tem impregnado em si a realização do contraditório, como forma de garantir, do mesmo modo, um sistema de transparência e diálogo necessários para a obtenção de solução de conflitos.

No que atine ao princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, prescrito no art. 5º, XXXV, da Carta Maior, podemos afirmar que a conciliação está inserida na terceira onda no estudo de Cappelletti (1988) a respeito do acesso à justiça. Em breve análise, podemos dizer que a primeira onda objetiva assegurar a assistência judiciária ao hipossuficiente. No que tange à segunda onda, vemos que a mesma se refere à coletivização do processo, propugnando uma adequada representação dos interesses coletivos *lato sensu*, que abrangem interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por fim, é na terceira onda que reside uma gama de fatores a serem analisados para melhor aperfeiçoamento da solução dos conflitos. Surgem novos mecanismos judiciais que visam à celeridade do processo. Desse modo, é na terceira onda que emerge um novo

enfoque de acesso à justiça, onde os processualistas se preocuparam em encontrar meios que garantam uma prestação jurisdicional satisfatória. Nesse ponto podemos citar a Emenda da Reforma do Poder Judiciário, a Lei dos Juizados Especiais, o princípio da instrumentalidade, a valorização de meios paraestatais de solução de conflitos, como: a arbitragem; mediação; a conciliação e outros, que são importantes para a completa satisfação do jurisdicionado (CÂMARA, 2005).

Posicionamento preciso e coerente nos é apresentado por Watanabe (1985, *apud* LENZA, 2009, p. 698) quando expõe seu entendimento acerca do acesso à justiça.

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos jurisdicionais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Assim, a conciliação se apresenta como uma proposta concreta para efetivar o direito fundamental de acesso à justiça, pois efetiva, satisfaz e possibilita a maior celeridade ao solucionar as questões postas. Proporciona, enfim, o acesso à justiça *lato sensu*.

No que concerne ao princípio da igualdade, veremos que o mesmo está expresso, inclusive, entre os deveres do magistrado, consoante o art. 125, I, do CPC, competindo ao juiz assegurar igualdade de tratamento às partes durante o processo. Tal observância é imprescindível à prática conciliatória, pois se deve atentar para a questão da desigualdade, em regra econômica, entre as partes para não acarretar prejuízo a uma delas. Portanto, a proposta conciliatória deve ser realizada com razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de se configurar uma autotutela disfarçada, onde o mais forte economicamente se sobrepõe ao mais fraco e com menores poderes de negociação.

Por fim, o princípio da razoável duração do processo, art. 5º, LXXVIII, que está umbilicalmente ligado ao propósito de soluções alternativas como a conciliação. Esse princípio reflete um dos anseios prementes à efetiva satisfação da prestação jurisdicional. Ademais, ele sintetiza previsões existentes em diplomas anteriores, tais como o Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 8º, nº. 1:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, 1992, p. 5)

Apreendemos que o princípio, ora sob análise, revela a sua importância em diplomas estrangeiros e internamente no diploma Magno, mas é imprescindível que, além da previsão, haja aprimoramento constante dos institutos processuais bem como da estrutura física, a fim de viabilizá-lo. Nesse sentido, Câmara (2005, pág. 60) entende que:

É preciso ter claro, porém, que a mera afirmação constitucional de que todos têm direito a um processo com duração razoável não resolve todos os problemas da morosidade processual, sendo necessário promover-se uma reforma estrutural no sistema judiciário brasileiro. Fique registrado nosso entendimento segundo o qual a crise do processo não é a crise das leis do processo. Não é reformando leis processuais que serão resolvidos os problemas da morosidade do Poder Judiciário. É preciso, isto sim, promover-se uma reforma estrutural, que dê ao Poder Judiciário meios efetivos para bem prestar tutela jurisdicional, o que exige vontade política para mudar o atual estado das coisas.

A conciliação, desse modo, é um mecanismo que está apto a satisfazer o preceituado pelo princípio da razoável duração do processo.

Diante de todo o exposto, concluímos que a conciliação no processo ou fora dele, mas com posterior homologação, não apenas se coaduna com os princípios processuais de previsão constitucional, mas também é hábil a concretização dos mesmos.

7 PARCERIA DO CNJ COM A CONCILIAÇÃO

O CNJ apresentou, desde o início de sua atuação, como parceiro da prática conciliatória. Tal fato foi verificado com o lançamento, em agosto de 2006, da campanha intitulada “Conciliar é legal”, seguida da Recomendação nº. 8, de 2007 para a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento pela Conciliação dirigida aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho.

A parceria do CNJ com o instituto da conciliação se apresenta no formato de consistentes orientações e incentivos, tal como ocorre nos mutirões anuais, que visam despertar a sociedade e magistrados para a prática da conciliação, numa perspectiva ampla em todas as áreas do processo, intentando, enfim, uma mudança de mentalidade.

Iniciativa recente refere-se à instituição da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, apresentando a conciliação e a mediação como mecanismos que visem a tornar efetivo o princípio do acesso à justiça, conforme consta na Resolução 125 do CNJ.

Outrossim, coaduna-se com o instituto, a Resolução 70, ao elencar entre os objetivos estratégicos do Poder Judiciário a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social.

Ademais, destacam-se dois importantes argumentos levantados pelo CNJ para incentivar a prática consensual de conflitos, quais sejam, a redução da quantidade de recurso e de execução. Assim, percebemos que a decisão de forma conciliada previne a continuidade da irrisignação de um ou de ambas as partes, fazendo com que não sejam interpostos recursos e evitando a sobrecarga nos

tribunais. De igual modo, reduz o volume de execuções, sendo medida salutar, visto que muitas dessas não conseguem, atualmente, satisfazer o que foi decidido na sentença, tornando-a ineficaz.

Diante de todo o exposto, percebemos a relevância do esforço empreendido pelo CNJ para que a sociedade e o Poder Judiciário gradativamente aceitem as novas formas de solucionar os conflitos.

8 A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Diante de todo o estudo até então realizado, podemos afirmar que nada ou pouco adiantará a divulgação e o incentivo às práticas conciliatórias se não houver uma participação ativa e interessada por parte do magistrado, visto que, por seu intermédio, será possível a concretização do instituto.

Imbuído dessa preocupação, o CNJ, por intermédio da Resolução 75, passou a exigir, já no processo seletivo dos futuros magistrados, o estudo de formação humanística, dentro do qual destacamos: a teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos; técnicas de negociação e mediação; procedimentos; posturas; condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos.

Oportuno destacar que a moderna teoria do conflito, desenvolvida pelo psicólogo americano Morton Deutsch, tem estreita relação com o procedimento da conciliação, visto que o conflito passa a ser analisado da seguinte forma:

O conflito, portanto, tem um valor pessoal e social, funcionando como um sinalizador e um agente positivo de mudanças. Logo, a atenção é dirigida não para a prevenção do conflito, mas sim para a importância de serem adotados meios possíveis de evitar que o conflito seja destrutivo, tornando-o, ao contrário, produtivo para os envolvidos.(SILVA, 2010, p. 222)

Destarte, anseia-se pela percepção do conflito de forma positiva, como uma oportunidade de gerar benefício para ambas as partes. Daí erige uma atuação que requer do magistrado paciência, sensibilidade e razoabilidade na tentativa de conciliar o conflito. Desse modo, Santos (2012, p. 565) afirma :

É que precisamos reconhecer a importância da figura do juiz no desenrolar da tentativa de conciliação. E, destaque-se: esse papel do magistrado não é menos importante do que na sentença, ao contrário, quando conduz as partes a um acordo aí é que pensamos que ele verdadeiramente cumpre sua nobre missão de pacificar contendas.

Diante do exposto, apreendemos a preocupação por um Judiciário muito mais ativo, que não se contenta em simplesmente aplicar a lei ao caso, mas que busca, antes de mais nada, solucionar o conflito, bem como prolatar uma decisão justa, amparada por regras e princípios.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante a explanação do tema, são irrefutáveis as vantagens apresentadas pelas práticas conciliatórias. De modo sucinto, podemos citar entre elas o menor sacrifício econômico com os custos financeiros do processo, inclusive com recursos, a diminuição da excessiva duração dos trâmites processuais, a realização do amplo acesso à justiça - propiciando maior efetividade na prestação jurisdicional - à pacificação social dos conflitos, a prevenção de uma possível litigiosidade contida, a redução da quantidade de recursos e outros.

Ademais, verificamos a sua compatibilidade com os preceitos constitucionais que norteiam o processo, ensejando a consequente concretização dos direitos fundamentais.

Verificamos, ainda, a relevância da atuação do CNJ, com a sua incansável conscientização, e dos magistrados, que são os grandes responsáveis pela concretização dessas práticas.

Desse modo, objetivamos, com o nosso artigo, contribuir para a realização de uma reestruturação progressiva do Poder Judiciário, tomando por base a prática de uma justiça acessível, efetiva e simples, que tenha como foco a condução do diálogo e da transparência entre as partes - como já vem ocorrendo no âmbito da Justiça Laboral - propondo, para tal, o desenvolvimento de soluções alternativas, tais como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coord.) **Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 06 nov. 2012.

BRASIL. Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal Anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALMON, Petrónio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. vol. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional; guia prático para a instalação do setor de Conciliação e Mediação**. São Paulo: Atlas, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDONÇA, J. J. Florentino Santos; FLORENTINO, Deluse Amaral Rolim. **Instrumentos para a efetivação do acesso à justiça**. Recife: Bagaço, 2005.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Frederico; MELO, Luiz Gustavo S. Valença de. **Formalismo no processo civil: possibilidades de superação**. Recife: Bagaço, 2006.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Comentários ao Código de Processo Civil: art. 1º ao 261**. Barueri: Manole, 2003. v. 1.

SANTORO, Emílio. **Estado de direito e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Lourival Ferreira dos. A Justiça do Trabalho e sua vocação conciliatória. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 76, n. 5, p. 565-574, maio, 2012.

SILVA, José Antônio de Oliveira; COSTA, Fábio Natali; BARBOSA, Amanda. **Magistratura do trabalho: formação humanística e temas fundamentais do direito**. São Paulo: LTr, 2010.

SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

_____. **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

A NOVA LEI 12.619/2012 QUE DISCIPLINA A PROFISSÃO DO MOTORISTA: questões controversas

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas-15ª Região. Doutora pela USP Membro da ANDT e da REDLAJ.

Daniel Gemignani

Bacharel em Direito pela PUC/SP e Auditor Fiscal do Ministério do Trabalho.

RESUMO

A peculiaridade da realidade fática, em que é prestado o trabalho do motorista profissional, tem suscitado muitos debates. No que se refere à jornada, a celeuma acerca da aplicação, ou não, do disposto no inciso I do artigo 62 da CLT sempre se pautou por uma acesa controvérsia quanto ao significado da incompatibilidade e a possibilidade de controle e quantificação das horas efetivamente trabalhadas. A nova Lei 12.619/2012, editada para disciplinar a matéria, trouxe balizas fincadas por novos conceitos jurídicos, formatados também pela crescente preocupação com a preservação da integridade física, saúde e segurança, não só dos motoristas, mas também de todos os demais que trafegam em ruas, avenidas e rodovias. O presente artigo faz algumas reflexões sobre os novos institutos, focadas sob a perspectiva da função promocional do direito contemporâneo, com o escopo de contribuir para a discussão jurídica, num momento em que o debate atinge alta temperatura.

Palavras-chave: Nova Lei dos Motoristas Profissionais. Tempo de Direção. Tempo de Espera. Tempo de Reserva. Nova Configuração dos Intervalos para Repouso e Descanso e o Diálogo das Fontes. A Função Promocional do Direito do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de possuir um território com dimensões continentais, no século XX o Brasil fez a opção preferencial pelo transporte rodoviário para locomoção de pessoas e bens, em detrimento do ferroviário, o que tem provocado ao longo do tempo consequências importantes. Motoristas autônomos trafegam ao lado de um expressivo número de empregados assalariados no mesmo ambiente, tornando imperativo assegurar a todos condições de saúde e segurança adequadas às especificidades das atividades profissionais desempenhadas, porque é o trabalho que deve estar adaptado ao homem e não o homem ao trabalho, conforme já defendemos em artigo anteriormente publicado sobre o meio- ambiente laboral.(GEMIGNANI, T; GEMIGNANI, D. 2012, p. 47)

Ademais, não se pode desconsiderar que, no caso dos motoristas profissionais, tais questões extrapolam os limites de uma relação contratual também porque o meio ambiente de trabalho se dá em vias públicas, de sorte que a questão se apresenta intrinsecamente imbricada com a preservação da integridade física e da segurança de terceiros, que atuam no mesmo espaço físico.

Em razão disso, suscita questionamentos também quanto ao transporte internacional, prestado por motoristas contratados por empresas estrangeiras, como ocorre, *exempli gratia*, com as sediadas nos países que integram o MERCOSUL que, ao ingressar em nosso território, passam a trabalhar no meio ambiente laboral nacional e, portanto, afetos aos mesmos desafios de garantir segurança no trânsito de nossa ruas, avenidas e estradas, o que tem mobilizado a fiscalização do Ministério do Trabalho quanto aos novos parâmetros legais e aplicação das Normas Regulamentadoras ¹.

A linha de evolução normativa infraconstitucional, como a que ora se examina, sedimenta o perfil de uma nova identidade do direito laboral no Brasil, privilegiando a vis atrativa do conceito de trabalho lato sensu como valor republicano, em cumprimento a nova diretriz traçada pela EC 45.

2 DO EMPREGADO AO CIDADÃO: assumindo a nova face do direito trabalhista brasileiro; saúde e segurança em foco

As mudanças ocorridas nos últimos anos, seja no campo doutrinário, seja no âmbito legislativo, provocadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, alargaram a competência da nossa Justiça para apreciar questões oriundas da relação de trabalho em sentido amplo.

Partindo desta premissa, as balizas postas pela nova Lei 12.619/2012 devem ser exigidas apenas dos motoristas empregados ou dos autônomos também?

Motoristas contratados por uma empresa estrangeira, em trânsito pelo Brasil, devem sujeitar-se à legislação brasileira? Ou deve haver distinção de tratamento entre motoristas profissionais que se ativam por uma empresa brasileira, por uma empresa sediada em um país membro do MERCOSUL, ou por uma empresa sediada em outro país não membro?

Além da necessidade de evitar que haja concorrência desleal, pela disparidade dos custos que serão suportados por quem cumpre a legislação, não se pode desconsiderar que o controle de jornada e do efetivo gozo dos períodos de descanso na verdade constituem normas de ordem pública, destinadas a proteger não só o trabalhador, mas também terceiros que ao seu lado trafegam em ruas, avenidas e estradas, de sorte que a responsabilidade pelo cumprimento do marco legal deve ser imputada também ao motorista estrangeiro que trabalha em nosso território. E tanto isso é verdade, que a nova lei sabiamente alterou o Código Nacional de Trânsito, exigindo a observância de tais parâmetros por todo e qualquer condutor.

¹Neste sentido a proposta de alteração da Norma Regulamentadora nº 24 (Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho), em fase de Consulta Pública pela Portaria SIT n.º 320, de 23/05/2012 para coleta de sugestões da sociedade, em conformidade com a Portaria MTE n.º 1.127, de 02 de outubro de 2003, intitulada “NR 24 ANEXO I CONDIÇÕES SANITÁRIAS E DE CONFORTO APLICÁVEIS AO TRABALHO DOS MOTORISTAS PROFISSIONAIS”. A proposta foi elaborada em conjunto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transporte de Rodoviário de Cargas em Linhas Internacionais do Rio Grande do Sul – SINDIMERCOSUL e por Auditores Fiscais do Trabalho lotados na Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Uruguaiana/RS.

Registre-se o constante do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa - MERCOSUL/CMC/DEC. N° 05/92 - ao dispor em seu artigo 3° que: “Os cidadãos nacionais e residentes permanentes de um dos Estados Partes fruirão, nas mesmas condições que os cidadãos e residentes permanentes de outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição em tal Estado para a defesa de seus direitos e interesses.”

Ora, se é permitido ao estrangeiro acionar a jurisdição de outro país do MERCOSUL, a *fortiori* se conclui que, quando está em solo de país membro, ainda que a trabalho e de forma transitória, se submeta à legislação desse país, notadamente quando se tratar de motoristas, cujas funções são executadas em território nacional e estão relacionadas com as condições de segurança no tráfego rodoviário.

A corroborar tal conclusão, tem-se a Declaração Sociolaboral do Mercosul ao dispor :

Artigo 17 - Saúde e segurança no trabalho:

1. Todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho sadio e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional.
2. Os Estados Partes comprometem-se a formular, aplicar e atualizar em forma permanente e em cooperação com as organizações de empregadores e de trabalhadores, políticas e programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, a fim de prevenir os acidentes de trabalho e as enfermidades profissionais, promovendo condições ambientais propícias para o desenvolvimento das atividades dos trabalhadores.

Artigo 18 - Inspeção do trabalho:

1. Todo trabalhador tem direito a uma proteção adequada no que se refere às condições e ao ambiente de trabalho.
2. Os Estados Partes comprometem-se a instituir e a manter serviços de inspeção do trabalho, com o propósito de controlar em todo o seu território o cumprimento das disposições normativas que dizem respeito à proteção dos trabalhadores e às condições de segurança e saúde no trabalho.” (DECLARAÇÃO, 2008, p. 23-24)

Nessa questão, importante registrar também o Acordo sobre Transporte Internacional Terrestre, existente entre o Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai, notadamente o constante do artigo 4°, item 1, ao dispor que “aplicar-se-ão às empresas que efetuem transporte internacional, assim como a seu pessoal, veículos e serviços que prestem no território de cada país signatário, as leis e regulamentos nela vigentes” (BRASIL, 1990).

Como anteriormente pontuado, não se pode perder de vista que, no caso do meio ambiente laboral do motorista, o foco está posto num espaço público, em que as condições de integridade física, saúde e segurança do trabalhador estão intrinsecamente imbricadas com os mesmos direitos neste sentido assegurados a terceiros.

A nova lei vem sinalizar de forma clara e expressiva que, além da natureza laboral protetiva, a limitação da jornada do motorista também está destinada a assegurar condições para o exercício da

direção responsável, em benefício do entorno social em que atua, evitando que o cansaço coloque em risco a integridade física, saúde e segurança dos demais cidadãos.

Pioneiro na iniciativa de conferir formatação jurídica aos conceitos de macrolesão e interesse coletivo, entre outros que depois se espalharam pelo ordenamento nacional, a norma trabalhista contribuiu para exponenciar os efeitos irradiantes da função promocional do direito que, segundo Bobbio (2007, p. 36), está direcionada ao escopo de:

'promover a realização de atos socialmente desejáveis', perspectiva que no Estado contemporâneo vive movimento virtuoso de ampliação, pois é preciso utilizar os 'conhecimentos cada vez mais adequados que as ciências sociais estão à altura de nos fornecer sobre as motivações do comportamento desviante e sobre as condições que o tornam possível com o objetivo não de recorrer às reparações quando ele já houver sido praticado, mas de impedir que ocorra'.

3 QUESTÕES CONTROVERSAS QUANTO À JORNADA

A lei trabalhista sempre considerou como “serviço efetivo” todo o tempo em que o empregado estivesse à disposição do empregador, assim estabelecendo expressamente no artigo 4º da CLT como período a ser computado para todos os efeitos, o que provocava acirradas controvérsias acerca da jornada do motorista do motorista profissional, em razão de suas especificidades. Com efeito, tratando-se de trabalho que, por sua própria natureza é executado fora do estabelecimento patronal, muitas vezes marcado por percursos de longas distâncias, considerando as ferramentas que a lei até então reputava válidas para aferição do tempo efetivamente trabalhado, exsurgia notória a impossibilidade de controle, levando a jurisprudência majoritária a aplicar o preceituado no artigo 62, I, da CLT, como revela a OJ 332 da SBDI – 1 do C. TST ao dispor:

MOTORISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE JORNADA POR TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 816/86 DO CONTRAN. O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa” (DJ 09.12.2003) (BRASIL, 2003).

Por outro lado, necessário registrar a existência de julgados em sentido diverso, que viam no uso de rastreadores, tacógrafos, *bips* e telefones celulares a possibilidade de controle, passando a reconhecer extensas jornadas, via de regra fixadas das 5h às 23h todos os dias, muitas vezes sem intervalo para refeição e descanso intersemanal, o que redundava num número altíssimo e irreal de horas extras.

Em 15 de dezembro de 2011, a Lei 12.551 veio modificar o artigo 6º da CLT, estabelecendo que não há distinção entre o “trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no

domicílio do empregado e o realizado à distância”, inserindo o parágrafo único que especifica as novas ferramentas válidas para tanto, ao prever que os “meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”(Brasil, 2011).

Tal fato se deu em decorrência do intenso desenvolvimento da tecnologia da informação no século XXI, que veio possibilitar a utilização de novas ferramentas para supervisão e comando à distância, provocando alterações legais significativas ao descolar o conceito de pessoalidade da presença física. Destarte, ao reconhecer a validade jurídica dos meios telemáticos e informatizados para medir a jornada efetivamente cumprida e o tempo à disposição nas atividades externas, em que não há relação presencial contínua, a alteração do artigo 6º da CLT veio criar novos instrumentos de compatibilidade, reduzindo o alcance do conceito anteriormente referido pelo inciso I do artigo 62 do mesmo estatuto.

Trata-se de alteração paradigmática relevante, que certamente levará a mudanças significativas na jurisprudência anteriormente consolidada.

A Lei 12.619/2012 acentuou esta diretriz, ao disciplinar as consequências que este novo regramento trouxe aos parâmetros para aferição de jornada, criando normas especiais de tutela da atividade do motorista profissional quando inseriu artigos no Capítulo I, do Título III da CLT, entre os quais podem ser destacados os seguintes:

Tempo de direção

O artigo 235 D cria uma nova figura, que denomina tempo de direção, distinguindo-o do tempo de espera, tempo de reserva, tempo de descanso, tempo de repouso e refeição, estabelecendo expressamente, no parágrafo 2º, do artigo 235 C, que será “considerado trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso” (BRASIL, 2012). Fixou sua duração em 4 (quatro) horas, prevendo que nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista permanece fora da base da empresa e de sua residência por 24 horas, terá direito a um intervalo mínimo de 30 minutos, podendo ser fracionados o tempo de direção e de intervalo, desde que não completado o período de 4 horas ininterruptas de direção.

Tempo de espera

O parágrafo 8º do artigo 235 C trata do tempo de espera, assim considerando as horas excedentes da jornada normal, em que o motorista do transporte rodoviário de cargas ficar

aguardando o carregamento/descarregamento dos veículos no embarcador/destinatário ou a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais/alfandegárias.

Os parágrafos 4º e 5º do artigo 235 E também fazem menção a esta nova figura jurídica, estabelecendo que quando estiver fora da base da empresa, o motorista que “ficar com o veículo parado por tempo superior à jornada normal de trabalho fica dispensado do serviço, exceto se for exigida permanência junto ao veículo, hipótese em que o tempo excedente à jornada será considerado de espera”(BRASIL, 2012). Também será computado tempo de espera, nas viagens de longa distância, o período que exceder a jornada normal em que o motorista estiver parado “nas operações de carga ou descarga e nas fiscalizações em barreiras fiscais ou aduaneira de fronteira” (BRASIL, 2012).

Um dos pontos mais polêmicos da nova lei foi inserido pelo parágrafo 9º do artigo 235C. Ao tratar da remuneração deste período, estabelece que não serão “computadas como horas extraordinárias”, mas indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30%”, o que certamente desencadeará intensos debates e controvérsias no meio jurídico, se ficarmos restritos a uma interpretação meramente gramatical.

Com efeito, a redação mal formulada, talvez calcada na premissa já superada em tempos passados, que considerava a contraprestação da jornada apenas sob a perspectiva da monetização, na verdade quis consolidar a distinção com que tratou do tempo efetivo de direção (tarefa que reputou como principal), criando nova figura jurídica para a atividade do motorista profissional como alternativa aos regimes já conhecidos de “prontidão” e “sobreaviso” ferroviário. Porém, andou mal em sua infeliz dicção, cujos equívocos devem ser superados pela interpretação sistemática, da qual exsurge a natureza salarial de tal pagamento, por remunerar o tempo que o trabalhador está à disposição do empregador, atuando em benefício do empreendimento econômico.

Tempo de descanso

Ao exigir e enfatizar de forma reiterada, a importância dos tempos de descanso, a lei indicou que tal questão ultrapassava os contornos contratuais trabalhistas, visando preservar as boas condições do motorista para dirigir com responsabilidade e segurança em benefício de terceiros.

A - Intervalos intrajornada

No que se refere ao intervalo intrajornada, a nova lei 12.619/2012 inseriu na CLT o artigo 235 D, estabelecendo que, nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o

motorista profissional permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, serão observados:

I - intervalo mínimo de 30 (trinta) minutos para descanso a cada 4 (quatro) horas de tempo ininterrupto de direção, podendo ser fracionados o tempo de direção e o de intervalo de descanso, desde que não completadas as 4 (quatro) horas ininterruptas de direção;

II - intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, podendo coincidir ou não com o intervalo de descanso do inciso I. (BRASIL, 2012)

Interessante registrar que também inseriu o artigo 67-A, §1º, no Código de Trânsito Brasileiro- CTB, tornando obrigatório o gozo de um intervalo de 30 minutos, a cada 4 (quatro) horas ininterruptas de direção.

B - Intervalos entrejornadas

O artigo 235 C, em seu § 3º, assegurou ao motorista profissional intervalo de repouso entrejornadas com a duração de 11 (onze) horas a cada 24 (vinte e quatro) horas, estabelecendo no artigo 235 E, § 10, que não será “considerado como jornada de trabalho nem ensejará o pagamento de qualquer remuneração o período em que o motorista ou o ajudante ficarem espontaneamente no veículo usufruindo do intervalo de repouso diário ou durante o gozo de seus intervalos intrajornadas” (BRASIL, 2012).

A grande dificuldade consistirá em distinguir quando o comportamento ocorre de forma espontânea, com o devido gozo do intervalo, e quando se der de maneira travestida, em que a permanência no veículo se destina a cuidar da carga e do patrimônio do empregador, o que evidentemente dependerá da prova, não se descurando aqui da aplicação da teoria da carga probatória dinâmica, que imputa o ônus à parte que tem maior aptidão para produzi-la.

Interessante ressaltar que a exigência de gozo do intervalo entrejornada não ficou restrita ao motorista empregado. Neste sentido a recente Resolução do CONTRAN ².

Com efeito, apesar de adotar algumas particularidades, os parágrafos 3º , 5º e 7º, do artigo 67-A, inseridos pela nova lei no Código de Trânsito, estipulam a obrigação de “no período de 24 (vinte e quatro) horas, observar um intervalo de, no mínimo, 11 (onze) horas de descanso, podendo ser fracionado em 9 (nove) horas mais 2 (duas), no mesmo dia” (BRASIL, 1997).

²Resolução CONTRAN 405 de 12/06/2012 – art. 1º-Estabelece os procedimentos para fiscalização do tempo de direção e descanso do motorista profissional na condução dos veículos de transporte e de condução de escolares, de transporte de passageiros com mais de 10 (dez lugares) e de carga com peso bruto total superior a 4.536 (quatro mil e quinhentos e trinta e seis) quilogramas, para cumprimento do disposto no art. 67-A, incluído no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, pela Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012.

Ademais, o condutor só “iniciará viagem com duração maior que 1 (um) dia, isto é, 24 (vinte e quatro) horas após o cumprimento integral do intervalo de descanso previsto no § 3º”(BRASIL, 2012), sendo que “nenhum transportador de cargas ou de passageiros, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador de transporte multimodal de cargas ou agente de cargas permitirá ou ordenará a qualquer motorista a seu serviço, ainda que subcontratado, que conduza veículo referido no caput sem a observância do disposto no § 5º”(BRASIL, 2012), sob pena de aplicação das sanções previstas no inciso XXIII do artigo 230, fixando critérios que deverão balizar a interpretação do disposto no artigo 67 C, a fim de eliminar a aparente contradição, matéria que certamente será submetida ao crivo da jurisprudência.

C - Intervalos semanais

A lei distinguiu a duração do intervalo semanal em conformidade com o tempo das viagens. O § 3º do artigo 235 C assegurou descanso semanal de 35 (trinta e cinco) horas. Entretanto, quando se tratar de viagens com duração superior a uma semana, o intervalo semanal terá a duração de 36 horas, conforme dispõem os parágrafos 1º e 3º do artigo 235-E, também inseridos pela nova lei na CLT (BRASIL, 2012). Neste caso, será gozado por ocasião do retorno do motorista à base ou ao seu domicílio, salvo se a empresa oferecer condições adequadas de descanso. Permite o fracionamento deste período em 30 horas, mais 6 que serão cumpridas na mesma semana em continuidade a um período de repouso diário.

A razão disso, conhecida há tempos, é possibilitar maior recuperação do trabalhador que se a ativou pelos outros dias da semana, permitindo-lhe, ainda, o convívio familiar e a manutenção de suas demais relações sociais.

D – Diálogo das fontes

Na esteira do preceituado no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal (1988), a nova lei reconhece o valor normativo da negociação coletiva, assim fixando parâmetros para o diálogo das fontes, que possibilita várias formas de interrelação entre as autônomas e heterônomas, criando áreas de confluência para garantir a oxigenação de um ordenamento jurídico saudável e apto a operar com funcionalidade, não só na solução das controvérsias já instaladas, mas também na prevenção de conflitos. Neste sentido inseriu o parágrafo 5º ao artigo 71 da CLT, estabelecendo a possibilidade episódica de fracionamento dos intervalos intrajornadas.

quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada (BRASIL, 2012).

Nesta mesma direção aponta o caput do artigo 235 C, além de seus parágrafos 4º e 6º, ao possibilitar que seja estabelecida em “instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho” a duração e a compensação da jornada, bem como a fixação do percentual do adicional de horas extras.

Tempo de reserva

Em decorrência das peculiaridades em que o trabalho é prestado, os parágrafos 6º e 12º, do artigo 235 E (BRASIL, 2012) estabelecem que quando o empregador adotar revezamento de motoristas trabalhando em dupla no mesmo veículo, inclusive nos casos de transporte de longa distância de passageiros, o tempo que exceder a jornada normal de trabalho, em que o motorista estiver em repouso no veículo em movimento, dirigido por outro motorista, será considerado tempo de reserva, a ser remunerado em 30% da hora normal.

Em qualquer caso, é garantido ao motorista um período de descanso de 6 horas com o veículo parado.

4 A GRANDE CELEUMA: local para gozar os tempos de descanso.

Ao reconhecer que a fixação de um limite de jornada ultrapassa as balizas meramente contratuais, ampliando sua exigência para preservar a integridade física e a segurança não só do empregado, mas de todo motorista, a nova regra promove um encontro do direito do trabalho com suas origens. Além disso, considera tal exigência imprescindível para garantir a segurança de terceiros que trafegam pelas vias públicas e estradas, assim contribuindo para reduzir o elevado número de acidentes, escopo ressaltado por Oliveira (2011, p. 147), ao ponderar que:

[...] a redução dos riscos inerentes ao trabalho sempre foi o norte, a preocupação central, o ponto de partida e de chegada de qualquer programa sério sobre prevenção de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

Em razão dessa constatação axiomática, a Constituição de 1988 expressamente estabeleceu como direito dos trabalhadores a 'redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança' (artigo 7, XXII). Estamos, portanto, diante de um princípio fundamental sobre a promoção de medidas preventivas no local de trabalho.

Ocorre que, apesar de todas as evidências, a doutrina não concedeu ao mencionado princípio o devido reconhecimento e nem o mesmo enquadramento como tal. É provável que a preocupação com as consequências dos acidentes e das doenças ocupacionais tenha desviado os estudos para o campo da infortunaria, restando pouca dedicação ao desenvolvimento das técnicas e das normas de prevenção. [...]

Ademais, visando preservar as boas condições físicas do motorista para dirigir com responsabilidade e segurança, a lei exigiu que usufrísse de um repouso diário, obrigatoriamente com o veículo estacionado, em alojamento do empregador, contratante do transporte, embarcador, destinatário ou em hotel, conforme dispõe o inciso III do artigo 235 D.

Importante ressaltar ter o artigo 9º da nova lei expressamente estabelecido que:

As condições sanitárias e de conforto nos locais de espera dos motoristas de transporte de cargas em pátios do transportador de carga, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador intermodal de cargas ou agente de cargas, aduanas, portos marítimos, fluviais e secos e locais para repouso e descanso, para os motoristas de transporte de passageiros em rodoviárias, pontos de parada, de apoio, alojamentos, refeitórios das empresas ou de terceiros terão que obedecer ao disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dentre outras.

Tal preceito deve ser exigido não só para o motorista empregado, mas em benefício de todo condutor, de sorte que a possibilidade do intervalo ser gozado dentro da cabine leito do veículo deve ser considerada como a última opção e só nos casos de absoluta e comprovada impossibilidade de cumprimento das condições referidas, tendo em vista o explicitado escopo de assegurar condições de saúde e segurança não só em benefício do próprio motorista, mas também a todos os demais que trafegam pelas estradas e vias públicas.

Em virtude das dimensões e da abrangência das alterações propostas, teria sido apropriado fixar um período de *vacatio legis* mais dilatado. Como isso não ocorreu, a entrada em vigor da nova lei desencadeou intensos movimentos de protesto com a paralisação de rodovias em São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Rio Grande do Sul. Um número elevado de caminhões ficaram parados, muitos com cargas perecíveis, o que provocou transtornos consideráveis. Entre as razões do conflito, duas se apresentaram com maior intensidade:

1) a existência de poucas áreas de descanso nas principais rodovias do país, o que comprometeria o cumprimento da regra, ante a proibição de permanecer no acostamento e a falta de segurança para estacionar em qualquer lugar.

2) o encarecimento dos custos, que viria reduzir o valor das comissões e a rentabilidade econômica da atividade explorada, despertando o descontentamento também dos empregadores e motoristas autônomos, que assim contribuíram para que houvesse uma paralisação de grande dimensão.

Apesar de intenso nos primeiros dias, o movimento logo recrudescceu, quando todos perceberam que o cumprimento das novas regras visava garantir não só melhores condições de vida e trabalho aos motoristas, mas também a segurança nas estradas do país, que vinham registrando um crescente e preocupante aumento de acidentes, muitos com vítimas fatais, deixando para trás um rastro de desolação e sofrimento, que muitas vezes poderiam ser evitados.

Isso sem falar nos prejuízos econômicos, a dificuldade no escoamento de nossas safras agrícolas e bens industriais, que encarecem o produto brasileiro e acarretam sua perda de competitividade.

5 CONCLUSÕES

Atenta às características peculiares que formatam a realidade fática da atividade do motorista, e às novas ferramentas de controle e supervisão disponibilizadas pelos meios telemáticos e informatizados de comando, a nova Lei 12.619/2012 veio conferir outro balizamento para a interpretação do conceito de incompatibilidade, previsto no inciso I, do artigo 62 da CLT, surgindo com duplo propósito. De um lado criar norma especial de tutela para o motorista profissional, estimulando o diálogo das fontes, de outro impulsionar a função promocional do direito do trabalho e seus efeitos irradiantes para o ordenamento jurídico, visando estimular conduta preventiva que possa impedir o surgimento de novas lesões e novos conflitos, assim atuando em benefício da integridade física, saúde e segurança, não só dos trabalhadores, mas de todos que trafegam pelas ruas, avenidas e estradas de nosso território, com ele dividindo o mesmo meio ambiente.

Para tanto, é preciso enfrentar o desafio de sobrepor o discurso da realidade sobre a pseudo realidade criada pelo discurso.

Conseguiremos ?

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2012.

BRASIL. Decreto nº 99.704, de 20 de novembro de 1990. Dispõe sobre a execução no Brasil do Acordo sobre Transporte Internacional Terrestre, entre o Brasil, a Argentina, a Bolívia, o Chile, o Paraguai, o Peru e o Uruguai. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99704.htm> Acesso em: 06 nov. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 06 nov. 2012

BRASIL. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm>. Acesso em: 06 nov. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.619, de 30 abril de 2012. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997, 10.233, de 5 de junho de 2001, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e 12.023, de 27 de agosto de 2009, para regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12619.htm>. Acesso em: 06 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 332 (SDI1). **Diário da Justiça da União**. Brasília, DF, 09 dez. 2003. Disponível em: <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/22675/orientacoes-jurisprudenciais-sdi-i-do-tst>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

DECLARAÇÃO sociolaboral do MERCOSUL: 10 anos DSL. Brasília: MTE, ASSINT, 2008. Disponível em: http://www.mte.gov.br/fsm/declaracao_pt.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho: precaução e prevenção; princípios norteadores de um novo padrão normativo. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. São Paulo. v. 47, p.55-74, 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta.. **Justiça do Trabalho**: um novo rosto, à procura de uma nova identidade in Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho, questões controversas. São Paulo: Editora LTr, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica a saúde do trabalhador. 6 ed. São Paulo: Ltr, 2011.

DA FLEXIBILIDADE À FLEXISEGURANÇA: um caminho eficaz para combater o desemprego?

Alanna Gomes Oliveira Gonçalves

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ

email: alannagomes@gmail.com

RESUMO

Este trabalho busca entender os institutos da flexibilidade e da flexisegurança, aplicados no Direito do trabalho, na tentativa de solucionar a crise do desemprego, que afeta vários países, inclusive o Brasil. A ideia de realizar este estudo é a de compreender a flexisegurança, atualmente debatida na Europa e investigar o modelo tradicional brasileiro, que é extremamente protecionista em relação ao empregado, contendo regras muito rígidas, que acabam por contribuir para o decréscimo do nível de empregos e para o consequente estímulo ao desemprego. É extremamente atual a investigação em questão, já que os institutos da flexibilização e a então flexisegurança tem sido pauta do novo debate europeu, discutidos por todos os Ministros do Emprego que integram a União Europeia, inspirados no exemplo da Dinamarca de proteger a classe trabalhadora. A finalidade deste artigo é entender se a flexisegurança é o caminho eficaz de combate ao desemprego e o recurso de eficácia na manutenção das empresas no mercado. Por esta dimensão, percebe-se que, apesar de ter a flexisegurança obtido sucesso na Dinamarca, não é suficiente para inibir o desemprego no Brasil, haja vista estarmos falando de países com características distintas.

Palavras-chave: Flexisegurança. Dinamarca. Manutenção de Empresas. Desemprego.

ABSTRACT

This paper seeks to understand the institutes of applied flexibility and flexicurity in labor law in attempting to solve the unemployment crisis affecting many countries, including Brazil. The idea of performing this study is to understand the flexicurity, currently discussed in Europe and to investigate the traditional Brazilian who is very protective against the employee, containing very strict rules that ultimately contribute to the decrease in the level of employment to unemployment and consequent stimulation. Current research is extremely concerned, since the institutes of relaxation and then flexicurity agenda has been the new European debate, all discussed by Employment Ministers comprising the European Union, inspired by the example of Denmark to protect the working class. The purpose of this paper is to understand if flexicurity is the effective way to combat unemployment and resource efficiency in the maintenance of the firms. For this dimension, it is clear that, despite flexicurity has been successful in Denmark(...), is not sufficient to inhibit unemployment in Brazil, if you consider the subject approached is about countries with different characteristics.

Keywords: Flexicurity. Denmark. Maintenance Company. Unemployment.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil sofreu alterações no mercado de trabalho pós-guerra, de modo que o desequilíbrio da economia e o alto nível de desemprego proporcionaram o aparecimento do mercado informal de trabalho. A partir desse momento, a falta de emprego tornou-se um dos problemas mais discutidos

na seara nacional e internacional, devido às persistentes crises contemporâneas, que colocam em risco o direito ao trabalho.

Enfatizamos, porém, que o Direito do Trabalho caracteriza-se por ser uma ciência dinâmica, que sofre constantes modificações. Atualmente, estamos vivenciando a era tecnológica, um momento diferenciado, daquele em que foi criado o Direito do Trabalho.

O aumento do desemprego se tornou destaque, o aparecimento de novas profissões e outras mudanças acabaram de inserir o Direito do Trabalho em um novo dilema. Sob essa ótica, o atual debate na seara trabalhista mundial consiste na crise do desemprego.

Em detrimento desses fatos, o presente artigo versará sobre o tema: Da Flexibilidade à Flexisegurança¹, mais precisamente abordaremos se é este o caminho eficaz para combater o desemprego. Focalizaremos, neste trabalho, a ideia de flexisegurança atualmente debatida na Europa, além disso, investigaremos o modelo tradicional do Direito do Trabalho, por conter regras rígidas para o empregador e regras flexíveis em relação à proteção do trabalhador, contribuindo substancialmente para o aumento do desemprego.

A flexibilização do Direito do Trabalho e a flexisegurança versam sobre medidas encontradas pelos estudiosos na tentativa de flexibilizar as normas trabalhistas, de modo a facilitar as formas de contratação, assim como, compensar os trabalhadores através de uma forte proteção de renda e da recondução ao mercado de trabalho, na tentativa de dirimir o desemprego.

Examinaremos se essas medidas tidas como mágicas, são verdadeiramente o caminho eficaz para o combate do desemprego, abordando sua justificativa como recurso de total eficácia na manutenção das empresas no mercado e a segurança dos empregos.

2 HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DO TRABALHO: a crise do desemprego

O ilustre doutrinador Nascimento (2009, p. 47) afirma que “O Direito do Trabalho, na fase atual, é uma obra inacabada. Sua finalidade básica, como desde o início, é a proteção jurídica do trabalhador e a tentativa da diminuição das desigualdades sociais”. Ou seja, o Direito do Trabalho solidificou-se para regulamentar as relações de trabalho entre empregado e empregador.

Enfatizamos, porém, que o Direito do Trabalho caracteriza-se por ser uma ciência dinâmica, que sofre constantes modificações. Embasando tal premissa, Nascimento (2009) afirma que estamos vivenciando uma fase bem diferente daquela em que surgiu o Direito do Trabalho. Predomina a era da tecnologia, que tem substituído a mão de obra humana, assim como, a informatização e a robótica que tem influenciado o crescimento da produtividade.

¹ De acordo com as normas de Português, seria correto utilizar o termo “flexissegurança”, porém esse neologismo se tornou conhecido e utilizado com a seguinte grafia “flexisegurança” e “flexigurança”.

O aumento do desemprego se tornou destaque, o aparecimento de novas profissões e outras mudanças que acabaram de inserir ao Direito do Trabalho um novo dilema.

Conforme o autor, o período contemporâneo passou também a desempenhar uma função coordenadora dos interesses entre o capital e o trabalho. Significa que as leis que protegiam os trabalhadores passaram a conviver com outras leis destinadas a solucionar questões de épocas de crise.

Atualmente, o Direito do Trabalho atravessa uma fase crítica, haja vista ser, o aumento do desemprego, um fenômeno crescente.

Informou a Organização Internacional do Trabalho - OIT, (2012) através do Relatório Tendências Mundiais de Emprego 2012, que o número de desempregados no mundo, este ano, chegará a 200 milhões, podendo chegar a 204 milhões se a desaceleração da economia se aprofundar e o crescimento mundial ficar abaixo de 2%. Do déficit de 200 milhões de empregos, 27 milhões podem ser atribuídos à crise desde 2007. A OIT calculou em 500 mil os postos de trabalho destruídos ou não criados nos últimos 2 anos.

Vejamos que, no Brasil, o medo do desemprego aumenta, conforme pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), que entrevistou cerca de duas mil pessoas em 140 municípios. O site da revista Veja (2011) apresentou os dados colhidos, afirmando que o índice que calcula o medo do desemprego no Brasil subiu para 81,6 pontos em dezembro de 2011, ante 78,8 pontos em setembro. O identificador, que tinha caído a seus menores níveis, aumentou 3,7% nos últimos três meses, devido à estagnação da economia. O índice desse mês é 2,9% maior do que o do mesmo período do ano passado.

Apesar de o país ter evitado os piores efeitos da crise internacional, o governo anunciou, em dezembro de 2011, que após oito trimestres consecutivos a economia estagnou, deixou de crescer. Segundo a pesquisa da CNI, a porcentagem de brasileiros que disse estar com muito medo de perder o emprego, subiu de 12,8% em setembro para 19,2% em dezembro. O índice de pessoas que tem pouco medo de ficar desempregado é de 23,1%, contra 30,2% em setembro. Já 57% disse não temer perder seu emprego, contra 57,7% da pesquisa anterior.

Verificamos que a tendência é que o medo do desemprego aumente ainda mais, devido à crise que o mundo tem sofrido.

Certifica Barros (2008), que as relações individuais vêm passando por várias modificações nos últimos anos, em virtude de crises econômicas, surgindo, assim, a necessidade de combater o desemprego.

Dessa forma, as mudanças ocorridas desencadearam a discussão sobre a flexibilização do Direito do Trabalho, haja vista ser, o modelo trabalhista brasileiro, extremamente protetor em

relação aos empregados, e conter regras rígidas que acabam por desestimular a contratação, gerando alto índice de desemprego.

3 NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE FLEXIBILIDADE DO DIREITO DO TRABALHO E FLEXISEGURANÇA

Inicialmente, antes de adentrarmos na seara da aplicabilidade dos institutos em estudo no Brasil, explicitaremos seus conceitos e aspectos relevantes para o melhor entendimento do objeto de estudo.

3.1 FLEXIBILIDADE

Cairo Júnior (2010) explica que, sempre que há transformações na forma como o trabalho humano é prestado, verifica-se a relutância dos interessados e da própria sociedade em assimilá-las. Esclarece que não é difícil constatar que, atualmente, encontra-se instalada uma crise no sistema das relações entre empregado e empregador, e que por várias vezes essa crise se instalou.

Neste contexto, averiguamos que Direito do Trabalho é um ramo que está em constante mudança, e que, baseado nesse dinamismo, surgiu à tendência de aplicação da flexibilização das condições de trabalho, ou mesmo do Direito do Trabalho.

Reporta-se o autor, à época do liberalismo onde a exploração do trabalho humano foi tão intensa, que a manutenção da saúde e da vida dos trabalhadores tornou-se insustentável.

Diante dessa situação, uma nova realidade surgia; era preciso regulamentar e fiscalizar a relação de emprego, com o objetivo de evitar os abusos cometidos pelos empregadores. Chegou-se a conclusão de que não havia possibilidade de instituir liberdade contratual, devido à hipossuficiência do empregado, diante de seu patrão. Naquele momento, a proteção ao trabalhador poderia ser vista como uma solução para os problemas do regime liberal, porém a proteção em excesso provocou efeito inverso do pretendido, pois é notório que o exagero de direitos gera o desemprego.

O problema consiste em encontrar o equilíbrio entre os interesses dos contratantes. E é exatamente essa dificuldade que enfrentou o Direito do Trabalho, quando pretendeu aplicar a flexibilidade para minimizar os abusos cometidos na relação de emprego.

No curso das décadas de 50 e 60, devido ao florescimento econômico europeu e à atuação dos sindicatos, houve uma ampliação dos direitos laborais tanto no direito individual, como no direito coletivo, sendo assim, estabeleceram o direito à segurança no emprego, à participação nos lucros e na gestão da empresa, dentre outros.

Porém, no início da década de 70, ante a crise do petróleo, a desorganização dos mercados e o agravamento do processo inflacionário nos países de economia de mercado, acabaram por

sobrecarregar as empresas, que entenderam que, reduzindo o contingente de pessoas, resolveriam seus problemas, gerando como consequência dessa atitude, um grande número de desempregados. O desafio desta nova realidade é a minimização do desemprego junto à necessidade de melhoria do nível de vida dos cidadãos como afirma Pereira (2000).

O despertar para a flexibilização, de acordo com Martins (2009), envolve fatores de desenvolvimento econômico, globalização, crises econômicas, mudanças tecnológicas, aumento do desemprego, aspectos culturais, economia informal, aspectos sociológicos.

Ante as crises econômicas, surge a possível aplicação da flexibilização, na busca de dirimir os abalos causados.

O que seria então flexibilizar? Examinaremos seu conceito e denominação.

Existem vários conceitos sobre flexibilização, que foram se aperfeiçoando ao passar dos anos, uns de teor simplório outros mais complexos.

De forma clara e sucinta, Martins (2009) conceitua flexibilização como sendo o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política, ou social existente na relação entre o capital e o trabalho. A flexibilização não é exatamente a revogação ou exclusão de direitos trabalhistas, mas a modificação de certos direitos mediante negociação coletiva, notadamente diante das crises econômicas.

Vejamos o entendimento de Pereira (2000, p. 81):

A Flexibilização no Direito do Trabalho tem sido interpretada com diversos significados: isto mostra quanto os especialistas do Direito laboral mostram-se vacilantes em formular uma definição precisa do fenômeno. A dificuldade está relacionada às diferentes peculiaridades do sistema legal de cada país, bem como aos aspectos jurídico – político – social – econômico e ao processo de desenvolvimento, em face das inovações tecnológicas.

Declara ainda, que alguns juristas italianos examinam o fenômeno da flexibilização, como Direito emergencial do trabalho, apto apenas para atender a situações transitórias, ou seja, em face de uma nova crise provisória. O que se constata, no entanto, é que é uma forma de obrigar os trabalhadores a cederem seus direitos básicos como meio de enfrentar a crise econômica, permitindo a aceitação de formas contratuais atípicas.

A flexibilização no Direito do Trabalho, procura solucionar a crise econômica, atropelando os direitos dos trabalhadores. Um claro exemplo é a possibilidade de alteração do contrato individual do trabalho, mesmo prejudicando os direitos do empregado.

Assegura ainda, o autor, que a problemática juslaboral vem despertando muitos estudiosos para a importância de se aprofundarem nas questões que podem golpear os interesses do trabalhador e o exercício de seus direitos humanos.

3.2 FLEXISEGURANÇA

A partir da compreensão de Chouco; Brás (2008), a flexibilidade não tem por escopo dar maior liberdade às empresas para contratar ou demitir pessoal, versa por facilitar a progressão dos trabalhadores, numa perspectiva de mobilidade ascendente e desenvolvimento de talentos.

Aborda a flexibilidade sobre formas flexíveis de organizar trabalho, com a capacidade de gerir novas necessidades. Por um lado, a flexibilidade tem a ver com mudanças bem sucedidas ao longo da vida: entre a escola e o mundo profissional, entre postos de trabalho, entre períodos de desemprego e emprego e entre a vida ativa e a reforma.

Por outro lado, a segurança representa mais do que a garantia de manter um posto de trabalho, recomenda também, dotar as pessoas das competências que lhes permitam progredir no âmbito profissional e ajudá-las a encontrar novo emprego. Trata-se ainda, de garantir um nível acertado de subsídios de desemprego, que facilite as transições, incluindo oportunidades de formação para todos os trabalhadores.

Analisaremos, portanto, a conceituação da flexisegurança, assim como, o que este instituto representa para os trabalhadores.

Aduz Paulos (2008), que o conceito de flexisegurança foi criado na Dinamarca, tendo sido desenvolvido ao longo dos tempos, não como um objetivo consciente, mas como consequência de acontecimentos históricos que foram harmonizando os acordos coletivos entre sindicatos e associações patronais. Pode ser definido como uma estratégia que pretende alcançar, ao mesmo tempo, flexibilidade e segurança do mercado de trabalho.

A Flexisegurança (ou “flexiseguridad” ou “flexicury”) almeja conciliar dois valores antagônicos, quais sejam, a flexibilidade do mercado de trabalho e a segurança dos trabalhadores contra o desemprego (DALLEGRAVE NETO, 2007).

Neste contexto, Leirião (2006) aduz que o conceito de flexisegurança, pretende justamente combinar a proteção ao trabalhador e a flexibilidade no mercado de trabalho, de modo a permitir que as empresas tomem medidas necessárias para se manterem competitivas, em um processo de proteção das pessoas e não de proteção do posto de trabalho.

A propósito, a flexibilidade já vem sendo debatida há algum tempo, em vários países, porém, a flexisegurança é a ideia atualmente debatida na Europa e no mundo, como sendo a possível solução para o desemprego e manutenção das empresas no mercado de trabalho.

Outra definição, esta de caráter mais amplo é de Cassar (2009, p. 25):

A Flexissegurança repousa sobre uma relação triangular: mercado flexível pela desregulamentação das regras trabalhistas; sistemas de indenização generosos proporcionados por um Estado social; política estatal de 'ativação' do mercado de

trabalho, isto é, o Estado oferece cursos de qualificação e métodos de motivação à procura de novo emprego.

Conforme a autora, esse modelo está avançando na Europa, numa tentativa de conciliar interesses entre Estado, trabalhadores e empresários, já que clamam pela necessidade de redução de custos da mão de obra e reclamam do excesso de proteção legal aos trabalhadores, que prejudicou o crescimento econômico de alguns países, garantindo ao trabalhador, em troca, acolhimento social público.

Para Romita (2008), o movimento de ideias que caracterizam o fenômeno típico da adaptação da rígida legislação trabalhista às novas exigências da economia e da revolução tecnológica, convencionou uma flexibilização da legislação trabalhista. Sendo assim, a flexibilidade já existe, havendo, agora, a prioridade de conceder melhoria das políticas de mercado de trabalho, para assim compatibilizar os reclamos do empresariado por maior flexibilização com a necessidade de dar segurança individual ao trabalhador: flexibilidade com segurança.

Para poderem planejar sua vida e sua carreira, os trabalhadores necessitam de um novo tipo de segurança, que lhes permita permanecer no mercado de trabalho e enfrentar novos desafios gerados pelas transformações, sendo que este novo emprego não deve se limitar a um emprego preciso, mas sim ocupar-se da transição de um emprego para outro.

3.3 FLEXISEGURANÇA NA EUROPA

Uma defensora da flexisegurança tem sido a Comissão Europeia, produzindo comunicações sobre o tema, além de ter incluído desde o início da estratégia europeia de emprego, em 1998, um apelo ao necessário equilíbrio entre flexibilidade e segurança.

Lembra DALLEGRAVE NETO (2007) que foi o livro verde sobre relações laborais da União Europeia, editado em novembro de 2006, que propugnou pela modernização do Direito do Trabalho para fazer frente ao desafio do século XXI. Explica Rosa (2007) que o livro verde é um manual ideológico que busca ajudar os governos e as entidades patronais a introduzir, nos respectivos países, a flexisegurança.

Surgiu, em seguida, a comunicação de 27 de junho sobre os princípios comuns da flexisegurança. Um dos princípios comuns protegidos nessa comunicação é a adaptação da flexisegurança aos contextos nacionais, designadamente às especificidades de cada contexto, mercados de trabalho e relações industriais.

A Comissão das Comunidades Europeias (2007) promoveu comunicação ao parlamento europeu, ao conselho, ao comitê econômico e social europeu e ao comitê das regiões, para a definição de princípios comuns de Flexisegurança.

Com base em experiências e estudos concretizados, chegaram ao consenso de que a globalização suscita mudanças que sugerem respostas rápidas por parte das empresas e dos trabalhadores. Dessa maneira, a adaptação ao desenvolvimento causado pela globalização demanda um mercado de trabalho mais flexível, combinado com níveis de segurança que supram às novas necessidades dos empregadores e dos trabalhadores.

Sendo assim, a Europa deve criar mais e melhores empregos para gerir a mudança e os novos riscos sociais.

Com o intuito de solucionar o elevado número de desemprego, a flexisegurança surgiu com a finalidade de garantir aos cidadãos da União Europeia um elevado nível de segurança profissional, isto é, a possibilidade de encontrar facilmente um emprego em qualquer etapa da vida ativa e usufruir de boas perspectivas de progressão de carreira. Anseia, também, a flexisegurança, ajudar empregadores e trabalhadores a reter boas oportunidades da globalização; desta forma, cria uma situação em que segurança e flexibilidade podem se reforçar mutuamente.

A Comissão Europeia confirmou que os estados-membros devem aumentar seus esforços para tornar os respectivos mercados de trabalho mais favoráveis ao emprego. Por vezes, as medidas políticas são concebidas e aplicadas de uma forma fragmentada, que não responde aos problemas mais vastos do mercado de trabalho. Com demasiada frequência, as políticas visam aumentar a flexibilidade para as empresas ou a segurança para os trabalhadores.

Assim sendo, a Comissão e os estados-membros expõem o fato de que as políticas de flexisegurança podem ser aplicadas em torno de quatro componentes políticos, quais sejam:

- a) Disposições contratuais flexíveis e fiáveis (tanto na perspectiva do empregador como do trabalhador, dos insiders como dos outsiders), mercê da modernização das legislações laborais, dos acordos colectivos e da organização do trabalho;
- b) Estratégias globais de aprendizagem ao longo da vida para garantir a constante adaptabilidade e empregabilidade dos trabalhadores, em especial os mais vulneráveis;
- c) Políticas activas de emprego que, com eficácia, ajudem as pessoas a lidar com a rapidez da mudança, reduzam os ciclos de desemprego e facilitem as transições para novos empregos;
- d) Sistemas de segurança social modernos, que assegurem apoios adequados ao rendimento, fomentem o emprego e facilitem a mobilidade no mercado de trabalho. Aqui se inclui uma ampla cobertura em termos de protecção social (subsídios de desemprego, pensões e cuidados de saúde), que ajude as pessoas a conjugar responsabilidades profissionais, privadas e familiares, como a assistência a filhos. (COMISSÃO, 2007)

De forma concisa, apresentaremos abaixo uma síntese da legislação da União Europeia (SÍNTESES..., 2011), referente à comunicação da comissão das Comunidades Europeias, em 27 de junho de 2007, acerca dos princípios comuns de flexisegurança, a qual resultou de um conjunto de orientações para fornecer o ajustamento às estratégias de flexisegurança dos estados-membros, em

decorrência, dos princípios de flexisegurança que contribuem para a modernização dos modelos sociais europeus.

Inicialmente, trataram sobre a conceituação de flexisegurança. De tal modo, este conceito é uma abordagem global que favorece a flexibilidade e a segurança dos trabalhadores. Com o intuito de serem eficazes, as estratégias de modernização do mercado de trabalho devem analisar as necessidades dos trabalhadores e dos empregadores.

A flexibilidade dos trabalhadores devem amoldar-se, às evoluções do mercado de trabalho e ter êxito na sua trajetória profissional. De igual modo, deve favorecer a flexibilidade das empresas e da organização do trabalho, para dar resposta às necessidades dos empregadores e melhorar a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. Logo, a segurança para os trabalhadores, devem desenvolver através de sistemas de segurança social durante períodos de desocupação.

Nesse diapasão, não há como não falar das estratégias de flexisegurança, que visam reduzir as taxas de desemprego e de pobreza na União Europeia.

As várias estratégias cooperam para facilitar a integração dos grupos mais desfavorecidos no mercado de trabalho. Pela ótica de aplicação de estratégias nacionais, devem ser sobrepostas com base em quatro princípios que se reforçam reciprocamente.

O primeiro princípio refere-se à flexibilidade e à segurança dos contratos de trabalho, respeitando os acordos coletivos, os princípios modernos que abarcam a organização do trabalho, assim como a legislação trabalhista.

Em seguida, temos o princípio da aplicação de estratégias de aprendizagem ao longo da vida, que busca apoiar a adaptação constante dos trabalhadores no mercado de trabalho.

O terceiro princípio reflete sobre a eficácia das políticas ativas do mercado de trabalho, visando ajudar os trabalhadores a voltarem a encontrar trabalho após período de inatividade, sem emprego.

E por fim, apresentamos o princípio da modernização dos sistemas de segurança social, que facilita a mobilidade no mercado de trabalho através de ajudas financeiras que estimulem o emprego.

Observemos no que se refere a estratégias de flexisegurança, que visam reduzir as taxas de desemprego e melhorar a qualidade dos postos de trabalho na União Europeia, baseiam-se, as mesmas, em políticas sociais que conjugam a flexibilidade e a segurança no emprego. A comissão pretende promover e melhorar a aplicação destas políticas.

Complementando os argumentos expressos na comunicação da comissão europeia, Spidla (2007) afirma que flexisegurança consiste em responder aos questionamentos vivenciados pela União Europeia e pelos seus estados-membros. Através dela, é possível enfrentar os problemas referentes à globalização, ao progresso técnico e às alterações demográficas, que inquietam todos os

cidadãos. Ademais, permite-nos reduzir a segmentação do mercado de trabalho, entre os insiders, que são membros de qualquer grupo de pessoas de número limitado, os quais possuem alto grau de segurança, enquanto os de fora, que não possuem emprego estão em emprego precário.

Diante do supracitado, notamos que existe um intenso desejo da União Europeia de encontrar meios para a diminuição do desemprego. Esse desejo impulsionou a realização de uma consulta pública no mês de março de 2012, buscando sugestões relativas a formas de ajudar os trabalhadores quando as empresas são alvo de reestruturação.

De acordo com a comissão europeia que está a dinamizar esta iniciativa, os trabalhadores mantiveram os postos de trabalho junto de empregadores que não podem se abstrair das suas competências, graças a novas formas de trabalho, como a redução de horas de trabalho e cortes nos salários, em troca de segurança do emprego.

O objetivo da comissão é saber o que pensam os cidadãos e colher opiniões sobre o que a União Europeia pode fazer para incentivar o emprego, o crescimento e a competitividade.

A comissão aduz que foram adotadas novas propostas no domínio do emprego e estão sendo desenvolvidos mais esforços para incentivar maior flexibilidade, acompanhadas de proteção social. Trata-se da flexisegurança.

Afirma DALLEGRAVE NETO (2007), que movidos pelos exemplos da Dinamarca, Holanda e Suécia, a nova onda deseja, essencialmente, de um lado, flexibilizar ainda mais a mobilidade do emprego, facilitando as formas flexíveis de contratação e a dispensa sem ônus e, de outro, compensar a classe trabalhadora, através de um robusto seguro-desemprego aliado a uma severa política de recolocação de trabalho.

Em detrimento dessa situação, a distribuição do ônus econômico para o Estado advém das diretrizes da flexisegurança, as quais devem ser vistas com parcimônia. Visto por outro aspecto, promulgada a compensação para a classe trabalhadora implicará ônus para os cofres públicos, representando inevitável aumento de impostos a serem pagos pela sociedade.

3.4 EXPERIÊNCIA DINAMARQUESA COM A FLEXISEGURANÇA

Conforme explica Jorgensen (2009), como consequência da globalização, os investimentos, o capital, os bens e os serviços e, até certo ponto, o trabalho se movem facilmente de um país a outro. Esta facilidade adicionou pressão sobre as relações nacionais de emprego, a formação do salário e as regulações tributárias e de bem-estar, para promoverem a competitividade e o desempenho eficiente da economia.

A Dinamarca é considerada um dos melhores exemplos de flexisegurança do mundo real, apesar de ser um país com uma economia pequena e vulnerável às pressões competitivas da

globalização. A União Europeia e outros atores consideraram o modelo dinamarquês de flexisegurança como um exemplo de “boa prática” com o qual se pode aprender.

Na Dinamarca, as taxas de impostos são elevadas, porém, a pouca proteção trabalhista se combina com uma forte proteção da renda e do emprego. Cumpre ressaltar que a flexisegurança dinamarquesa goza de um grande respeito, mas ainda não são muito bem compreendidos os mecanismos e os fundamentos desse sistema.

É salutar demonstrar que, mesmo não existindo uma definição comum estabelecida, nem os meios para caracterizar a flexisegurança de forma qualitativa ou quantitativa, constatamos que flexisegurança na Dinamarca funciona, e pode transmitir ensinamentos a outros países.

Prossegue explicando Jorgensen (2009, p. 52) que:

Na Dinamarca, a flexibilidade não se reduziu, mas a precariedade associada a ela diminuiu, e os fatores mais ofensivos de segurança do emprego e ampliação de capacidades contribuíram para o desenvolvimento socioeconômico positivo do país. Para que sejam eficazes, o fomento dos mercados de trabalho flexíveis e a garantia de segurança devem permitir que os assalariados sejam adaptáveis para ingressar e reingressar no emprego produtivo e impulsionar suas carreiras. Isto exige uma clara ênfase pública em mercados de trabalho ativos, estratégias de aprendizagem permanente e sistemas estáveis de segurança social para oferecer segurança de renda e permitir que as pessoas combinem a vida profissional com o cuidado privado e a vida familiar. A igualdade de oportunidades para homens e mulheres também deve ser um atributo do modelo de flexisegurança.

Constatamos assim, que para o sucesso na aplicação da flexisegurança é imprescindível estratégias que sustentem a flexibilidade combinada com segurança.

3.4.1 Pilares do modelo dinamarquês de flexisegurança

Declara Leirião (2006), que a prática da flexisegurança na Dinamarca foi um sucesso, sendo possível estudar a identificação de melhores práticas e possibilidade de aplicação dos elementos que forem possíveis para introduzir em outros países.

Nesse sentido, o Comitê Econômico Europeu (2007), elaborou um parecer sobre o caso dinamarquês, explicando que as estruturas do mercado de trabalho são comparadas a um triângulo dourado, sustentado por regras flexíveis em relação à contratação de trabalhadores, sendo um sistema generoso com medidas de ativação. Assim, Martins (2009) utiliza-se da denominação flexibilização para dar maior elasticidade às regras trabalhistas, isso implica, que as regras flexíveis de contratação são dinâmicas, para despedir e contratar.

Em relação ao sistema generoso, explica Jorgensen (2009), que a ideia de segurança social proporciona um elevado nível de proteção da renda dos desempregados, o que é financiado

principalmente com impostos. Na atualidade, o período durante o qual o desempregado tem direito a estas prestações é de quatro anos, o que continua sendo bastante extenso, apesar de haver sofrido algumas reduções nos últimos anos.

Esclarece ainda, que as políticas do mercado de trabalho, sobretudo o seguro-desemprego, estão vinculadas às políticas ativas, que oferecem vários instrumentos de apoio a quem não consegue se reintegrar no mercado laboral.

Segundo o parecer do Comitê Econômico e Social Europeu (2007), as principais características do sistema dinamarquês são a elevada mobilidade, onde surgem muitos novos empregos, o regime de apoio generoso e a política ativa de mercado de trabalho de formação, ou seja, ofertas de emprego de elevada qualidade, direcionado àqueles com as melhores qualificações. Ainda com o propósito de sedimentar o entendimento do sistema dinamarquês, o parecer informou em que se baseia tal sistema, vejamos:

- a) Elevada carga fiscal para todos, que se orgulham em pagar impostos;
- b) Política de obrigação de conseguir emprego, ou seja, não pode negar a empregar-se;
- c) Subsídio de desemprego elevado, até encontrar novo emprego;
- d) Empresários e trabalhadores empenhados em cooperar para o interesse de todos;
- e) Proteção dos indivíduos e não dos postos de trabalho;
- f) Elevada flexibilidade na admissão e demissão de trabalhadores;
- g) Crescimento econômico sustentado e finanças públicas saudáveis;
- h) Condições de funcionamento favoráveis às empresas.

Compreendemos que, para boa aplicação do instituto da flexisegurança, importa reconhecer que flexibilidade e segurança, se completam.

4 FLEXISEGURANÇA NO BRASIL

Diante dos esclarecimentos sobre o instituto da flexisegurança, podemos descobrir se a aplicação deste instituto propagado na Europa surtiria efeito no Brasil, País diferenciado em diversos aspectos.

4.1 APLICAÇÃO DA FLEXISEGURANÇA NO BRASIL

Destaca Chahad (2009) que o crescimento da economia mundial e as modificações por ela causadas, ocasionaram uma nova realidade para as sociedades da era moderna, gerando uma

incessante busca por soluções satisfatórias que tornem as empresas mais competitivas, proporcionem aos empregados treinamentos que colaborem para o aumento da produtividade, bem como, um novo sistema de proteção social, para abrigá-los diante da vulnerabilidade trazida pela flexibilidade do trabalho.

Revela ainda, o desafio de solucionar o dilema brasileiro, onde há níveis de pobreza e exclusão social na população. De qualquer maneira, mesmo que só resolva o problema com um processo de desenvolvimento sustentável, talvez a flexibilidade e a proteção social estejam voltadas para mudanças, para o rompimento de paradigmas no país.

Após refletirmos sobre o modelo da flexisegurança, discutiremos a possibilidade de adoção de um modelo semelhante no Brasil.

4.2 COMPARAÇÃO DO SISTEMA DINAMARQUÊS COM O SISTEMA BRASILEIRO

Afirma Romita (2008), que o sucesso do modelo dinamarquês é atribuído pelos estudiosos a uma combinação de flexibilidade da relação de trabalho e de segurança econômica e social dos empregados. É representada pela metáfora do “triângulo dourado”, conhecido como os pilares do sistema dinamarquês, são eles: flexibilidade na relação de emprego, um sistema generoso de prestações por desemprego e uma política de ativação do mercado de trabalho.

Posteriormente, ao recordarmos os pilares do sistema dinamarquês, perpetraremos na seara brasileira, fazendo uma comparação com o sistema do “triângulo dourado”, em relação ao grau de flexibilidade atual do mercado brasileiro, assim como, apresentaremos o sistema brasileiro de proteção social e por fim, as políticas ativas atualmente implantadas no Brasil.

Para fazer alusão ao sistema brasileiro atual, apontaremos o entendimento de Chahad (2009) que esclarece com maestria a comparação dos dois sistemas.

Em relação ao grau de flexibilidade atual do mercado brasileiro, afirma o autor, que o sistema de leis trabalhistas brasileiras torna rígidas as condições de contratação de um trabalhador, ao tempo que torna inflexíveis as condições de dispensa e de emprego dentro das empresas. Além disso, confere ao empregado brasileiro um grau de proteção social muito alto, enquanto o trabalhador está vinculado à empresa.

No aspecto do sistema brasileiro de proteção social, podemos citar o FGTS e o Seguro – desemprego.

Observemos o que ensina Chahad (2009, p. 92) sobre os dois instrumentos de assistência ao desemprego do Brasil:

O Brasil dispõe de dois instrumentos principais de assistência ao desemprego involuntário: (i) o pagamento de benefícios do seguro-desemprego (SD) aos

desempregados, que pode ser considerado a única política passiva, nos moldes internacionalmente conhecidos; e (ii) o fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS) que é uma indenização compulsória que deve ser paga ao trabalhador demitido sem justa causa, nos moldes propostos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ambos são devidos ao trabalhador colocado em situação de desemprego involuntário e destinados aos trabalhadores ocupados no mercado de trabalho formal.

Sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, Barros (2008, p. 1002) confirma que:

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é constituído de uma conta bancária formada pelos depósitos feitos pelo empregador em nome do trabalhador, na qual o primeiro deposita em nome deste último mensalmente, 8% da sua remuneração, salvo se se tratar de contrato de aprendizagem, cuja alíquota será reduzida para 2% (art.15, §7º, da Lei nº. 8.036).

O seguro-desemprego é um benefício aos trabalhadores despedidos sem justa causa no Brasil, assim, ensina Cairo Júnior (2010, p. 592):

O benefício do seguro desemprego será concedido ao empregado despedido sem justa causa e que comprove ter laborado durante, no mínimo, seis meses consecutivos ou quinze meses durante o prazo de vinte e quatro meses, além de não possuir renda de qualquer natureza. O governo Federal faz o pagamento do referido benefício de acordo com as informações repassadas pelas empresas, por meio do preenchimento do cadastro geral de empregados e desempregados – CAGED, instituído pela Lei nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965.

Prossegue explicando o autor, que a quantidade de parcelas dependerá do tempo laborado. Essa é uma medida aplicada com vistas a assegurar aos empregados um mínimo de segurança, após serem despedidos sem justa causa.

Finalmente, trataremos sobre as políticas ativas atualmente implantadas no Brasil, que surgiram tardiamente. Mais uma vez citamos Chahad (2009, p.97) que destaca algumas políticas ativas importantes no cenário brasileiro:

Primeiramente esclarece sobre o Sistema Nacional de Emprego (SINE):

O Sistema Nacional de Emprego (SINE): instituído pelo Decreto nº 70.403/1975, coordenado e supervisionado pelo atual Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, sendo sua criação inspirada na Convenção nº 88 da OIT. As ações do SINE são executadas de forma descentralizada pelas Unidades da Federação. Elas visam atividades buscando, fundamentalmente, a inserção produtiva dos trabalhadores, bem como dos desempregados no mercado de trabalho. Para isso, o SINE é responsável pela intermediação da mão de obra; pelos serviços de apoio aos desempregados; pela geração de informações sobre o mercado de trabalho; e pelo aconselhamento sobre a formação e qualificação profissional da força de trabalho. Envolve-se, também, parcialmente na questão da oferta de micro-crédito.

Outra política que obteve repercussão, foi o Treinamento Vocacional, vejamos:

Treinamento vocacional: em período recente, o Brasil viveu dois momentos distintos em relação ao treinamento profissional e vocacional de sua força de trabalho. O primeiro momento foi em 1996 quando se implantou o Plano Nacional de Qualificação Profissional (PLANFOR), durante o primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, um plano ambicioso de treinar 5,0% da força de trabalho a cada ano. Sob o ponto de vista do mercado de trabalho, o plano tinha os seguintes objetivos; (i) aumentar a probabilidade de obtenção de trabalho e de geração ou elevação de renda, reduzindo os níveis de desemprego e subemprego; (ii) ampliar as chances de permanência no mercado de trabalho, reduzindo os riscos de demissão e as taxas de rotatividade; e (iii) elevar a produtividade, a competitividade das empresas e a renda dos trabalhadores.

Complementando as políticas ativas, o autor aduz que, para a implantação dessas políticas de ativação, houve um enorme gasto para o governo, mas intervém proferindo que não é este ainda o principal problema das políticas de ativação do mercado de trabalho, mas sim, em uma política inadequada e com um problema bastante conhecido que é a falta de atuação das autoridades federais brasileiras na direção de implantá-lo definitivamente.

Em vistas a possível aplicação da flexisegurança no Brasil, entende Dallegrave Neto (2007) que as diretrizes da flexisegurança geram ao Estado um ônus econômico. Tal modelo deve ser analisado com parcimônia, anteriormente a sua aplicação em qualquer país, pois a compensação para os trabalhadores implica em um ônus para os cofres públicos, aumentando substancialmente os impostos a serem pagos pela sociedade.

Além disso, informa o autor, que para a implantação da flexisegurança no sistema brasileiro, seriam necessários dois fatores: “o primeiro é o aquecimento da economia, baseado numa política de concessão de crédito com juros baixos, aumento de consumo e, por conseguinte, alta oferta de trabalho” e o segundo é a “disponibilidade de mão – de – obra qualificada, sendo que para tanto o Estado invista em ensino profissionalizante” (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 2).

Finaliza Dallegrave Neto (2007, p.5) seu pensamento, sobre se servirá para o Brasil o modelo Dinamarquês, da seguinte forma:

O que combate o desemprego não é a flexibilização da lei trabalhista nem o endividamento do Estado com o aumento de quotas de seguro-desemprego, mas o aquecimento da economia propiciado pelo aumento da oferta de crédito pessoal com juros baixos e a elevação do consumo aliada a uma política de desoneração previdenciária da folha de pagamento.

Diante dos aspectos expostos, sobre a possível aplicação da flexisegurança no Brasil, entendemos que seria irracional, pois estamos discorrendo sobre um País que não é estruturado para

receber tamanha carga, haja vista não ter condições econômicas de implantar um sistema que onerasse ainda mais o Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou entender se o processo de aplicação da flexibilidade e flexisegurança compreende o caminho para combater o desemprego.

Destaca-se, todavia, que a presente investigação bibliográfica é apenas o início de um estudo que certamente merece maior aprofundamento, em virtude da importância de solucionar a crise do desemprego, problema que assola muitos países, inclusive o Brasil.

Nesse sentido, o presente artigo não procurou esgotar os temas em sua totalidade, mas sim, objetivou despertar a necessidade de verificar se a flexibilidade e flexisegurança são medidas de eficácia na manutenção das empresas no mercado e a segurança dos empregos.

Ficou demonstrado, no decorrer deste trabalho, que o direito trabalhista, é um ramo que está sempre sofrendo transformações, devido à instabilidade econômica.

Observamos que, em decorrência das crises no sistema das relações entre empregado e empregador, surgiu a tendência de aplicação da flexibilização do direito do trabalho, com vistas a adaptar a rígida legislação trabalhista.

Porém, verificamos que a flexibilização não é, por si só, capaz de dirimir o desemprego. A atuação da flexibilidade reduz a proteção ao trabalhador sem conceder nenhuma segurança.

Por outro lado, descobrimos, na flexisegurança, um caminho eficaz para o combate do desemprego, sendo o país exemplo dessa combinação de flexibilidade e segurança a Dinamarca.

No entanto, constatamos que tal modelo não constitui uma fórmula mágica e preparada; é necessário ter, o país receptor, um aparato de características que torne viável a aplicação da flexisegurança.

O Brasil não possui estrutura em seu sistema de mercado apto a receber a flexisegurança, pois a compensação para os trabalhadores implica em um ônus para os cofres públicos, aumentando substancialmente os impostos a serem pagos pela sociedade.

Dessa feita, conclui-se que a investigação em questão deve progredir, já que os institutos em questão tem sido alvo de constantes e atuais debates por todos os Ministros de emprego da União Europeia, inspirados no modelo da Dinamarca, que logrou êxito.

REFERÊNCIAS

AUMENTA o medo do desemprego no Brasil, afirma pesquisa. Revista Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/aumenta-o-medo-do-desemprego-no-brasil-afirma-pesquisa>>. Acesso em: abr. 2012.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. Salvador: JusPodivm: 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CHADAD, José Paulo Zeetano. Flexibilidade e segurança no mercado de trabalho: a busca da melhoria da proteção social dos trabalhadores brasileiros. In: WELLER, Jürgen (Ed.). **O novo cenário laboral latino-americano: regulação, proteção e políticas ativas nos mercados de trabalho** > Santiago: CEPAL, 2009. cap. 4, p. 87 – 110. Disponível em: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/38197/O_novo_cenario_laboral_document.pdf>. Acesso em: abr. 2012.

CHOUCO, Liliana; BRÁS, Nuno. Flexisegurança. Coimbra: Instituto Politecnico de Coimbra. Departamento de Engenharia Civil. Disponível em: <http://prof.santanasilva.pt/gestao_de_empresas/trabalhos_07_08/word/Flexiseguran%C3%A7a.pdf>. Acesso em: mar. 2012.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Para a definição de princípios comuns de flexigurança: mais e melhores empregos mediante flexibilidade e segurança. Bruxelas, 2007. 26 p. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0359:FIN:PT:PDF>> Acesso em: abr. 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. Como ajudar os trabalhadores quando as empresas são alvo de reestruturação? Disponível em: <<http://economiafinancas.com/tag/flexiseguranca/>>. Acesso: mar. 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. Direito do Trabalho. Disponível em: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=157&langId=en>. Acesso em: abr. 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexisegurança nas relações de trabalho: o novo debate europeu. Disponível em:

<http://calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_affonso_dallegrave_netto/jose_dallegrave_netto_fl_exiseguranca.pdf>. Acesso em: fev. 2011.

FUNDAÇÃO EUROPEIA PARA MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA E DE TRABALHO.

Flexigurança: questões e desafios. Disponível em:

<<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2007/90/pt/1/EF0790PT.pdf>>. Acesso em: abr. 2012.

JORGENSEN, Henning. O modelo dinamarquês da “flexigurança” e as lições pertinentes para a América Latina. In: WELLER, Jürgen (Ed.). **O novo cenário laboral latino-americano:** regulação, proteção e políticas ativas nos mercados de trabalho. Santiago: CEPAL, 2009. cap. 2, p. 49 – 68. Disponível em:

<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/38197/O_novo_cenario_laboral_document.pdf>. Acesso em: abr. 2012.

LEIRIÃO, José. A Flexisegurança: o caso exemplo da Dinamarca. **Notícias da AIRO**, Lisboa, n. 36, ago./set. 2006. Disponível em: <www.airo.pt/Download.aspx?x=138d10ec-8eee-40d89742>. Acesso em: maio 2011.

MACEDO, Henrique. **Direito Individual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 11. ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MASCARO, Sônia. Crise e Direito do Trabalho. **Diário Catarinense**, Florianópolis, dez. 2008. Disponível em: <http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=72:crise-e-direito-do-trabalho&Itemid=202>. Acesso em: abr. 2012.

MORAIS, Catarina. Flexisegurança: instrumento de desregulação do trabalho. **O Militante**. (s.l), n. 290, set./out. 2007. Disponível: < <http://www.omilitante.pcp.pt/pt/290/Trabalhadores/151/>>. Acesso em: abr. 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

OIT: número de desempregados no mundo em 2012 chegará a 200 milhões. **Revista Veja**. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/oit-numero-de-desempregados-no-mundo-em-2012-chegara-a-200-milhoes>>. Acesso em: mar. 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Tendências Mundiais de Emprego 2012**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/tend-ncias-mundiais-de-emprego-2012>>. Acesso em: abr. 2012.

PARA a definição de princípios comuns de flexigurança. Europa: sínteses das legislações da União Europeia: Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/community_employment_policies/c10159_pt.htm>. Acesso em: mar. h2012.

PARECER do Comité Económico e Social Europeu sobre flexisegurança (dimensão da flexibilidade interna — a negociação colectiva e o papel do diálogo social enquanto instrumentos de regulação e de reforma dos mercados do trabalho). **Jornal Oficial da União Europeia**. v. 55, ago. 2012. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:256:0108:0113:PT:PDF>>. Acesso em: abr. 2012.

PAULOS, Margarida Ramires. **Consequências da Flexibilidade**. Disponível em: <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/7043/1/CONSEQ_FLEX.pdf>. Acesso em: fev. 2012.

PEREZ, Rosalba Maria Barros. **A Flexibilização das normas trabalhistas no Brasil à luz da globalização**. Disponível em: <http://www.oabcaxias.org.br/site/coluna_detalhe.php?id=30&secao=7>. Acesso em: abr. 2012.

PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. **Globalização do Trabalho: Desafios e perspectivas**. São Paulo. Jurúa Editora, 2000.

ROSA, Eugênio. **A Flexigurança: o que é e quais as consequências para os trabalhadores**. Disponível em: <http://resistir.info/e_rosa/flexiseguranca.html>. Acesso em: mar. 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito do trabalho: temas em aberto**. São Paulo: Ltr,2008

SPIDLA, Vladimir. **A flexisegurança na Europa: A modernização do mercado de trabalho europeu no século XXI**. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/421&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=em>>Acesso em: abr. 2012.

WELLER, Jurgen. Avanços e desafios para o aperfeiçoamento da institucionalidade trabalhista na América Latina. In:WELLER, Jürgen (Ed.). **O novo cenário laboral latino-americano: regulação, proteção e políticas ativas nos mercados de trabalho**> Santiago: CEPAL, 2009. cap. 1, p. 11 – 48. Disponível em:

<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/38197/O_novo_cenario_laboral_document.pdf>. Acesso em: abr. 2012.

A GREVE NOS SERVIÇOS ESSENCIAIS: entre o formalismo inibidor e o direito de lutar pela valorização do trabalho

Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima

Advogada OAB/PB nº 16.188

e-mail: www.adalbertomarques.adv.br

RESUMO

Este trabalho discute a legislação do direito de greve, com ênfase na sua manifestação nos serviços essenciais. A partir de uma perspectiva histórica e com base em análise documental, evidenciamos o processo de construção, de afirmação social e de proteção jurídica do fenômeno da greve, suas características, efeitos e sua condição de direito constitucional na contemporaneidade brasileira. Dimensionamos a relevância organizativa, política e cultural da greve no contexto de conflito e luta dos trabalhadores com vista à valorização do trabalho, bem como para a coletividade em geral, por representar avanços nos direitos sociais. O questionamento que balizou este estudo se prende à possibilidade de a normatização da greve, em especial nos serviços essenciais, priorizar mais os interesses da sociedade em detrimento dos interesses dos trabalhadores. Entendemos que a legislação vigente é demasiada cogente e rígida, ao impor diversas medidas e deveres aos grevistas para terem seu movimento reconhecido, muitas vezes diminuindo a força da parede, quando não inviabiliza sua eclosão. Destacamos, ainda, o papel das ordens judiciais e das multas cominadas, pelo potencial corrosivo de frustrar paredes, uma restrição indireta ao exercício do direito de greve.

Palavras-chave: Movimento Paredista. Atividades Essenciais. Lei de Greve. Ordens Judiciais. Rigidez Normativa.

ABSTRACT

This paper discusses the strike law, with emphasis on the essential services. From a historical perspective and based on documentary analysis, we found the building process, social affirmation and legal protection of the strike phenomenon, characteristics, effects, and the status of a contemporary Brazilian constitutional right. We discuss about the relevance of organizational, political and cultural context of the strike as conflict and struggle of workers intent to increase their force, and also important to the community in general, because represents a social rights advance. The study proposes to question the possibility that the strike normalization, especially in essential services, prioritizes the interests of society against the interests of workers. We understand that the legislation is too rigid and cogent, because imposes many measures and duties so the strikers can have recognized their movement, often decreasing their natural strength, when don't allowed it at all. We also highlight the role of court orders and imposed fines, the corrosive potential of frustrating the strike, also been an indirect restriction to the exercise of the strike right.

Keywords: Strike. Strike Law. Essential activities. Court orders. Rigid legislation.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho discute o exercício da greve no âmbito dos serviços essenciais, buscando colocar em evidência as particularidades que revestem esse movimento paredista na legislação brasileira e dimensionar seus efeitos na luta política, em sua insurgência contra a precarização do trabalho e, conseqüentemente, em prol de melhores condições de vida para os trabalhadores dessa área.

É corrente que a greve nos serviços essenciais, além de sofrer restrições na legislação brasileira, também é vista de modo conflitivo pela sociedade em geral, dando lugar a questionamentos e cobranças quanto ao seu efetivo exercício. Uma situação claramente expressiva do tensionamento existente entre a afirmação dos direitos coletivos, as lutas em sua promoção e a contenção legal e social, e que se vincula à realidade social mais ampla, incorporando dela os processos, estratégias e práticas que configuram uma sociedade pautada pela desigualdade das forças sociais que a compõem.

Reside nesse entendimento o fato de que manifestações paredistas expuseram o cerne da moderna sociedade capitalista, portanto trazem o selo da desigualdade entre trabalhadores e patronato. Sua emersão remonta à revolução industrial inglesa e tais manifestações levaram tempo, e este nem sempre coincidiu para que se afirmassem como direito em diversas formações sociais ocidentais. No seu nascedouro, as pressões e punições severas se estenderam a todos os trabalhadores envolvidos, mas atingiram principalmente as lideranças emergentes, aliás, uma estratégia que ainda segue recorrente como forma de minar a força do movimento.

Há que se considerar a dimensão de classe desse processo, uma afirmação que demandou esforço organizativo, intelectual e socializador da valorização do trabalho, nem sempre pacífica, dada as divergências entre os próprios trabalhadores quanto à direção, estratégias e práticas a serem adotadas e desenvolvidas. Mas fortalecendo-se e predominando como construção de classe, a noção da ação coletiva para reivindicar e da paralisação das atividades como forma de enfrentar a resistência do patronato em melhorar condições salariais e de trabalho.

A construção e a consolidação do direito de greve aludem, assim, às tensas e conflituosas relações estabelecidas com a sociedade capitalista, pautada por interesses antagônicos e seus conflitos, mas que necessitam manter as condições favoráveis ao desenvolvimento econômico. As pressões, greves e a veiculação de utopias dos trabalhadores, notadamente quando estas se expandem e se intensificam e confrontam, constroem e ameaçam um ambiente social mais propício à acumulação capitalista.

Por outro lado, a urbanização, a industrialização, a expansão do comércio e de suas atividades e da educação geravam novas forças políticas, novas ideias e estratégias, abrindo caminho para negociações e para a pactuação na esfera da representação política e do trabalho, fazendo migrar a luta dos trabalhadores, suas necessidades e instrumentos, entre eles a greve, da seara penal para o campo do direito, sendo estes regulados à luz dos interesses contraditórios e com base na força política desigual das classes sociais.

Nesse contexto, o movimento paredista, disseminado em distintas formações sociais, encontra guarida no modelo expresso no Estado de Direito, sendo encarado como instrumento atinente à condição social do trabalhador e de suas disputas coletivas, focadas em termos

econômicos, jurídicos e da cultura política, e fundamentadas na lógica do direito alicerçado pelo Estado-nação.

Acerca do Estado de Direito (sua formação e consolidação) decorreu de longo e complexo processo histórico, forjado nos embates e desafios políticos, sociais, econômicos e culturais enfrentados em cada espaço nacional, e destes, em relação à conjuntura internacional. Nesse percurso, muitas das formações sociais sofreram retrocessos com a assunção de regimes autoritários, como ocorreu no Brasil, mas o patamar social que imprimiu com um conjunto de direitos representa uma enorme conquista civilizatória que permanentemente nos desafiam a conservá-los e estendê-los a todos (LIMA, 2010).

A legalidade, legitimidade e a divisão de poderes são características fundamentais e inerentes ao Estado de Direito, sendo, o respeito às garantias constitucionais, o corolário dessa construção. A base estrutural do Estado de Direito assenta-se na lei e na obediência aos princípios fundamentais e imutáveis, constituindo fundamento de todo ordenamento jurídico, na medida em que geram garantias ao cidadão (LIMA, 2010). Sendo assim, o respeito e a obediência dos indivíduos aos princípios e garantias estatais constituem o núcleo fundante do Estado Democrático de Direito e o fundamento do arcabouço jurídico-legal da vida social.

Ainda a respeito do Estado de Direito, este é concebido como formador da esfera político-estatal balizada pelo direito *per se*, propiciando uma convivência em sociedade mais justa, com menos arbitrariedade por parte do Estado, visto que as relações e conflitos são regrados pela legislação constitucional maior e pelas demais fontes do direito (LIMA, 2010 *apud* CANOTILHO, 1999).

Situando a realidade brasileira, observamos que, após intenso período ditatorial (1964-1985), uma nova Constituição foi promulgada em 1988, cujos primeiros artigos se voltaram a garantir uma estrutura democrática, composta por direitos e garantias individuais e sociais, a saber: a soberania estatal, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político (LIMA, 2010). Preconizou ainda como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades tanto sociais quanto regionais, e a promoção do bem de todos sem preconceitos (SILVA, 2007). A construção dessas garantias afirmou a redemocratização, consolidando o Estado Democrático de Direito brasileiro.

2 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INSTITUTO GREVISTA NO BRASIL

A construção político-jurídica do instituto grevista - sua tipificação e rotulação como delito, liberdade e direito constitucional - passou por diversas etapas no ordenamento jurídico brasileiro,

não obedecendo a uma temporalidade histórica linear, havendo, por vezes, avanços e retrocessos gerados em contextos sócio históricos específicos (MELO, 2009), conforme se expressasse também a face mais conservadora e autoritária do Estado e das forças políticas nacionais.

Como nas demais formações sociais, no Brasil se evidencia um longo percurso de luta, até o reconhecimento da greve como uma atividade legítima da luta dos trabalhadores. Inicialmente esta foi definida como um delito, passando, depois, a ser entendida como uma liberdade, retroagindo novamente a categorização de delito, para, então, contemporaneamente, ser conceituada como um direito, de cunho constitucional e inerente a todo e qualquer trabalhador individualizado, a ser exercido coletivamente (LIMA, 2010).

Para Lira (2009), a emergência e o incremento da manifestação sindical no espaço nacional são atribuídos à forte imigração europeia, notadamente entre os anos de 1870 e 1920, que se defrontava com um cenário de intensa exploração e repressão. Se a exploração da força de trabalho está na raiz desse processo, a autora argumenta que sua acentuação no país fazia-se presente porquanto bastante lastreada na mentalidade conservadora da elite nacional dominante. As bases morais e autoritárias que informaram o período escravocrata orientavam, também, as relações sociais do espaço que se urbanizava e que via emergir indústrias e um conjunto de trabalhadores operários ensaiando suas primeiras formas de resistência.

As condições precárias de trabalho e a violenta repressão por parte do poder público a qualquer movimentação dos operários provocaram uma crescente politização em alguns segmentos desses trabalhadores. Várias expressões de luta e de direção política se manifestaram tanto de natureza anarquista e socialista quanto comunista, defendendo a luta comum entre os trabalhadores, em face das imposições do patronato e da repressão do Estado, aumentando, assim, o sentimento de solidariedade entre a classe operária. São emblemáticas desse período de organização e conscientização de classe dos trabalhadores brasileiros as greves gerais de 1917 e 1919, exigindo a intervenção estatal nas relações sociais de produção, que viesse garantir proteção social e trabalhista (LIMA, 2010).

O Código Penal Brasileiro de 1890 se insurge como a primeira normatização nacional a dispor sobre o instituto grevista, tipificando-o como crime com previsão de pena de detenção, em conformidade com o espírito da época, marcado por intenso controle e desvalorização do trabalho (LIMA, 2010). Nesse cenário de depreciação do trabalhador, a Constituição de 1934 nada registrou sobre greve, mas as condições sociais, políticas e econômicas já eram outras, e a força organizada dos trabalhadores constituía um enorme desafio para as forças políticas e o poder público, ensejando novos movimentos e práticas. O governo getulista, com seu modelo de industrialização nacional, vai responder a esse cenário alinhando cooptação e regulação social como mecanismo de atenção e de controle dos trabalhadores.

No contexto de endurecimento do governo de Getúlio Vargas, uma nova Constituição foi formulada em 1937, sendo esta a primeira a dispor sobre o tema, mas mantendo a criminalização do movimento paredista, classificando tanto este quanto o *lockout* como recursos antissociais, danosos à relação capital-trabalho e incompatíveis com os interesses nacionais (MELO, 2009). No que concerne às leis extravagantes, o Código Penal de 1940 e a Lei nº. 35/1935, ambas da fase getulista, tipificavam o movimento paredista como um delito.

Apenas com a redemocratização do país e a Constituição de 1946, e sob influência de mudanças internacionais advindas com fim da Segunda Guerra Mundial, que, por fim, a greve foi reconhecida como direito, dependendo de regulamentação infraconstitucional.

Com o golpe militar de 1964, a greve passou a ter nova regulamentação, com base na ideologia da segurança nacional, sendo disciplinada novamente como ato antissocial e considerada como contrária aos interesses nacionais e de ambas as classes, capital e trabalho. Para tanto, foi elaborada a Lei nº 4.330/1964, regulamentando a greve que também foi inserida na Constituição de 1967, burocratizando a possibilidade de deflagração do movimento paredista, inviabilizando seu exercício (LIMA, 2010; LIRA, 2009; MELO, 2009;). Desse modo, o regime militar de 1964, ao contrário do Estado Novo, que proibiu a greve pelos trabalhadores, regulamentou-o, a ponto de cercear sua efetivação, constituindo mesmo uma proibição indireta. Somente com o Decreto-Lei nº. 1.632/78 e a Lei nº. 6.620/78 a greve foi permitida no país, porém proibindo seu exercício pelos trabalhadores dos serviços públicos e essenciais.

A Constituição de 1988 enfim reverte essa situação, garantindo aos trabalhadores contar com a greve como instrumento de luta por seus interesses. Sendo esta reconhecida como direito fundamental do trabalhador a ser exercido coletivamente, mas permanecendo proibida ao servidor público militar (LIMA, 2010). A regulamentação da greve nos três setores (serviço comum, essencial e público), conforme dispôs a Carta Magna, como um direito constitucional de eficácia limitada, foi concretizada parcialmente no ano seguinte, pela Lei nº. 7.783/89, contemplando os dois primeiros setores, ficando de fora o setor público, e definindo alguns requisitos para sua deflagração.

Com relação à greve no serviço público, há mais de duas décadas se aguarda sua regulamentação, o que funcionou como impedimento para paralisações nesse campo, inclusive, inúmeras delas estão sendo registradas em 2012. Nesse aspecto, vale salientar que os Tribunais Trabalhistas, que por analogia, têm aplicado a legislação de 1989 à greve exercida pelos servidores públicos, inclusive no que tange às limitações e aos requisitos para sua instauração, consoante os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, todos julgados de forma procedente pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 25 de outubro de 2007 (LIMA, 2010).

Como não poderia deixar de ser, o livre exercício da greve constituiu demanda contundente dos trabalhadores na fase constituinte. Sua normatização na Constituição de 1988 foi precedida de muitos embates e negociações entre as forças políticas e sociais. Desse processo conflituoso resultou que a atual estrutura normativa brasileira segue os padrões estabelecidos pela OIT e pelo direito internacional. Contemporaneamente, a greve, fruto da concepção sociodemocrática, é considerada um direito fundamental, inerente ao trabalhador, útil à sociedade e à melhoria das relações entre a classe trabalhadora e seus empregadores.

O exercício da greve é, por fim, protegido pelo ordenamento jurídico, mas guarda questões que precisam ser examinadas para o exercício da crítica e para que possamos compreender qual patamar político e cultural socializador foi alcançado pelo país.

3 A RIGIDEZ NORMATIVA DA LEI DE GREVE COMO UM ENTRAVE À SUA EFETIVAÇÃO

Entendemos que a regulamentação da greve deve existir para que seu exercício se efetive. Para tanto, é necessário o respaldo legal e a presença de mecanismos processuais hábeis, mas sem que esse regramento derive em prejuízos para os trabalhadores ou em peso excessivo para a coletividade. Não podendo, dessa forma, ter como fulcro a restrição ao seu exercício, o que ensejaria uma proibição indireta e inconstitucional. Para tanto, os trabalhadores devem dispor de mecanismos mais rápidos e eficazes de negociação e no insucesso deste processo poder deflagrar a parede, sob pena de ter o seu direito constitucional de autotutela denegado, importando em agravamento das condições laborais e salariais, as quais o movimento busca reverter.

Sendo assim, o movimento paredista é um direito fundamental do trabalhador, amparado pela Constituição e fruto do Estado Democrático de Direito e este deve ser exercido coletivamente e de modo temporário, com vistas ao atendimento de suas demandas de cunho social, econômico, legal e político. Utilizar-se da paralisação das atividades laborais significa, para o trabalhador, exercitar um movimento de pressão, de fundamental importância na relação desigual que mantém com o patronato, proporcionando, dessa forma, a coerção suficiente para que este tome conhecimento de suas reivindicações e as atenda, ainda que não completamente, porquanto implica as condições conjunturais sociais, políticas, econômicas e sindicais favoráveis a esse processo.

No Brasil, sendo a greve um direito, este necessita de uma lei regulamentadora que o discipline, não podendo, no entanto, restringir o direito *per se*, conotação essa, ressaltada por Lira (2009, p. 67): “na constituição brasileira vigente, há previsões tais como a limitação da greve nos serviços essenciais e a punição dos abusos cometidos, o que denota não se tratar a greve de um direito absoluto”, consoante acima afirmado.

Sob tal entendimento disciplinador, a legislação atribui licitude apenas ao movimento que antes de ser deflagrado pelos trabalhadores tenha preenchido os requisitos legais, também denominados de pressupostos de validade, todos elencados na Lei de Greve. Em caso de inobservância desses dispositivos, a greve resultará em um ilícito trabalhista, sendo declarada abusiva pelo Judiciário, acarretando ainda a responsabilização de seus autores, que poderá emanar das searas civil, trabalhista ou penal, produzindo efeitos jurídicos negativos aos trabalhadores (CORTEZ, 2010).

A respeito da necessidade de observância desses requisitos, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Comitê de Liberdade Sindical, dissemina serem aceitáveis os dispositivos elencados pela lei reguladora nacional, desde que não importem em excessiva limitação ao exercício da greve, o que constituiria uma proibição indireta (LIMA, 2010). Uma declaração que não surpreende, tendo em vista expressar a complexa organização desse organismo internacional, formada por entidades representativas dos trabalhadores, empregadores e governos. Devendo suas convenções, recomendações e resoluções que se prestam a regulamentar internacionalmente as relações de trabalho, incorporar interesses tão divergentes quanto são os desses segmentos.

Acerca da licitude e da necessidade de obediência aos requisitos legais da greve, por não ser, essa, um direito absoluto, e para que seja declarada sua legalidade, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – TST - é categórica ao admiti-los, frisando sua necessidade no seguinte sentido:

GREVE ABUSIVA. FALTA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE – ABUSIVIDADE – Embora garantido constitucionalmente, não é absoluto, irrestrito e ilimitado o direito de greve. Ao contrário, deve observar os limites, pressupostos e requisitos legais para ser regular e não abusivamente exercido. *In casu*, desatendido o preceito legal estabelecido no *caput* do art. 4º e seu parágrafo único, da lei nº. 7.783/89, declara-se abusiva a greve. Recurso ordinário provido. [TST-RODC 733338/2001 – (As. SDC) – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJ 10.8.2001] .

A respeito da regulamentação do direito de greve por lei ordinária, o posicionamento de Saraiva (2010) defende que essa tratará apenas quanto à sua prática, sendo o direito *per se*, impassível de restrição. Não poderá abordar a norma, por exemplo, quanto ao momento do exercício da greve, competindo tal avaliação apenas aos trabalhadores. Dessa forma, entende o autor, haver balizas à regulamentação do direito, denotando garantias ao trabalhador de não ter este restringido pela própria norma regulamentadora.

Atualmente inúmeros entraves legais são conferidos à parede, como a imposição de se manter um percentual de funcionamento da atividade, não podendo ser paralisada por completo no serviço essencial, havendo ainda a possibilidade de aplicação de multa diária aos sindicatos que não

encerrarem a greve após imposição judicial, entre outras ordens emanadas dos Tribunais. A implantação dessas exigências mais parece caracterizar medidas atentatórias ao direito de greve, por terem a capacidade de constranger e frustrar a efetividade da parede oriunda da força organizativa e mobilizadora dos trabalhadores, comprometendo desse modo a resistência política desse segmento.

Há exigências também que antecedem a deflagração da greve, computando-se três requisitos legais ordenados articuladamente e fíncados de modo a possibilitar ações gradativas de negociação. Com força de, se não evitar a paralisação, poder limitar a amplitude e a capacidade coercitiva, quando pressupõe o interesse geral da sociedade. Há, ainda, um quarto requisito exigido exclusivamente aos trabalhadores que atuam nos serviços essenciais.

O *exaurimento da negociação coletiva* é o primeiro requisito a ser observado, o que demanda que haja a tentativa de acordo entre os trabalhadores e o empregador. A segunda imposição diz respeito à convocação antecipada pelo sindicato de uma *Assembleia Geral*, a fim de comprovar a vontade coletiva dos trabalhadores em paralisarem suas atividades. A *notificação prévia ao empregador*, da intenção dos trabalhadores de deflagrar a greve, constitui o terceiro requisito, devendo isto ocorrer para as atividades comuns, no mínimo, 48 horas antes de decretado o movimento. Quando consideradas as atividades essenciais, este prazo é ampliado para 72 horas, cabendo ainda a exigência de que essa comunicação se estenda à população usuária. A concretização desse último requisito é justificada diante da necessidade que teria o patrão de se organizar enquanto perdurar o movimento paredista. Concretamente trata-se de mais um benefício dado ao patronato no seu embate com os trabalhadores, o que nos leva a questionar sua contrapartida, qual seja, desfavorecer, estrategicamente, ações mais coercitivas do campo do trabalho, que se arvorassem mais contundentes e propícias aos interesses dos trabalhadores (LIMA, 2010).

Sobre a exigência de prestação de um percentual mínimo dos serviços essenciais, quando paralisados por movimento grevista, a Orientação Jurisprudencial de nº 38 da Sessão de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho dispõe que:

GREVE. SERVIÇOS ESSENCIAIS. GARANTIA DAS NECESSIDADES INADIÁVEIS DA POPULAÇÃO USUÁRIA. FATOR DETERMINANTE DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO MOVIMENTO. É abusiva a greve que se realiza em setores que a lei define como sendo essenciais à comunidade, se não é assegurado o atendimento básico das necessidades inadiáveis dos usuários do serviço, na forma prevista na Lei nº 7.783/89.

Havendo a não observância de qualquer desses requisitos legais, entende o Tribunal Superior do Trabalho que a deflagração do movimento grevista é abusiva e ilegal, com repercussão negativa sobre a dinâmica do movimento e a organização sindical, por ser geradora de punições como perda do salário dos dias parados, entre outras penalidades.

No que tange a realização de greve nos serviços essenciais, é possível destacar ser tal questão uma fonte permanente de tensão e conflito, por caracterizar o embate entre as demandas dos trabalhadores e o interesse geral da sociedade, favorecendo uma maior rigidez regulamentar por parte do Poder Público, de modo que medidas nesse sentido são apresentadas como a necessidade não somente de conciliar os interesses divergentes que perpassam o litígio, mas, sobretudo, para proteger a vida em sociedade. Daí a greve nos serviços essenciais apresentar-se no âmbito do direito de greve *per se* como o de maior restrição ao seu exercício.

De todo modo, seja nos serviços comuns ou essenciais, de natureza pública ou privada, a greve se apresenta como um fenômeno contraditório e de grande repercussão na vida social. Trata-se de defender interesses ao tempo que outros tantos são contrariados, exatamente porque divergentes, até mesmo antagônicos, o que exige determinado poder coercitivo. Para que a greve ganhe amplitude e seja efetiva, é imperioso que provoque constrangimento político e algum tipo de prejuízo de cunho econômico, tanto ao empregador quanto à sociedade, somente assim é possível exercer uma pressão maior no litígio. Dada a hipossuficiência do trabalhador, a greve constitui assim um instrumento capaz de lhe favorecer na luta que trava de forma já bastante desigual com seu oponente. Quanto mais requisitos cogentes forem colocados no caminho desse processo, mais eles se revelarão atentatórios à efetivação do direito constitucional da greve, com sérias consequências à capacidade organizativa dos trabalhadores.

Melo (2009) compara a promulgação da Carta Magna de 1988 a uma verdadeira revolução no campo dos direitos sociais e políticos, sendo, a greve, considerada um direito fundamental do trabalhador, e vedando a intervenção estatal na organização sindical. Para tanto, a liberdade de organização sindical constitui a necessária condição viabilizadora de se exercitar o direito de greve, da qual emerge o complexo político-institucional organizativo dos trabalhadores, fortalecendo suas lutas e tornando o instrumento da greve um regulador indispensável à relação capital/trabalho.

Ainda é dessa liberdade sindical, de organização, promoção e defesa das ideias e dos direitos coletivos que podem surgir mecanismos sociais e políticos que confrontem a precarização do trabalho extremamente acentuada com a globalização e a ofensiva neoliberal, condição contemporânea esta que colocou na defensiva as práticas e as lutas da classe trabalhadora, em especial de seus segmentos organicamente mais fragilizados (ALVES, 2006).

4 DA CONTENÇÃO E RIGOR EXCESSIVO À ECLOSÃO DA GREVE NOS SERVIÇOS ESSENCIAIS

A despeito das garantias constitucionais relativas ao direito de greve, este segue sofrendo restrições legais, motivando divergências e embates teóricos, jurídicos e sociais, especialmente quando se coteja o exercício da greve nos serviços essenciais. Essa realidade conflitiva acerca do

instituto de greve se expressa mais claramente na doutrina jurídica que evidencia abordagens dissonantes, com seguimentos que ora dão provimento à greve e ora a denegam.

Momezzo (2007), a respeito da legalidade e da admissibilidade da greve nos serviços essenciais, pondera haver três posicionamentos doutrinários que a examinam. O primeiro entendimento pontifica que a greve deveria ser interdita aos trabalhadores dos serviços essenciais, aludindo como mais importante proteger os interesses da sociedade – porque dependente desses serviços –, ao invés de demandas trabalhistas.

Um entendimento que avaliamos como um retrocesso político e social, além de confrontar as características modernas do direito, por não levar em consideração as questões e as demandas trabalhistas. Com isso, privando segmentos dos trabalhadores de um instrumento capaz de contemplar suas necessidades e viabilizar direitos. Aliás, duplamente, pois além de acentuar uma atitude política defensiva, estes ficariam fragilizados em uma relação jurídico-social na qual já se encontra hipossuficientes. Sendo assim, a aplicação dessa perspectiva seria autoritária e inconstitucional, por considerar excessivamente determinados interesses supostamente acima dos demais, como os da coletividade, não condizente, porém, com os valores e ideais perpetrados pelo Estado de Direito, desconstituindo, dessa forma, direitos pertinentes ao campo do trabalho.

Em contrapartida, a segunda corrente, conforme discorre a autora, preceitua que a greve possa ser deflagrada sem restrições nos serviços essenciais, sendo necessário desregulamentar a norma que exige a prestação de um percentual mínimo de tais serviços, por concebê-lo como descaracterizador da autotutela e do direito de prejudicar economicamente outros interesses (TRINDADE, 1998 *apud* MOMEZZO, 2007). Essa corrente advoga a paridade entre os direitos trabalhistas e os interesses da sociedade, recomendando a não limitação do exercício da greve com base na atividade, independente da essencialidade ou não de sua natureza. Ampara esse entendimento que a greve deva ser praticada em absoluto, sem restrições ou amarras legais.

Reconhecemos que a greve proporcionou avanços à relação jurídico-social, mediante a garantia e defesa dos interesses dos trabalhadores, atenuando o desequilíbrio inerente à relação capital-trabalho, devendo, por representar um avanço social e político, ser respeitada, amparada e defendida pela sociedade, sem que isso importe na sobreposição dos demais direitos e garantias. Mesmo que a greve importe em um direito fundamental, como os demais direitos não é absoluto e ilimitado, devendo, por isso, ser regulamentada.

Por fim, há uma terceira posição doutrinária, da qual compartilhamos, ressaltada por Momezzo (2007) e promovida por Nascimento (1989), que advoga a necessidade de regulamentação da greve nos serviços essenciais, assim como os demais direitos, dispondo da observância de requisitos legalmente exigidos ao seu exercício, sendo, portando, em parte, à luz também da doutrina de Melo (2009), um direito condicionado.

Nesse mesmo sentido, leciona Silva (2011, p. 323 e 324), dispondo sobre a limitação imposta à greve nos serviços essenciais, por meio da observância de um percentual mínimo de prestação desses serviços.

Consiste uma limitação ao exercício do direito de greve pelo movimento paredista a observância e o respeito ao atendimento das necessidades básicas e inadiáveis da comunidade nos serviços e atividades considerados pela Lei de Greve como sendo essenciais. Essa limitação tutela um patrimônio jurídico maior do que o exercício do direito de greve que é o direito da população não ser exposta a perigo iminente que atente contra a sua sobrevivência, a saúde ou a segurança (art. 11, parágrafo único), concebidas pela lei de greve como necessidades inadiáveis da comunidade.

Advertimos, entretanto, que a referida regulamentação cabível, caracterizando estar o direito em análise sob condição, conforme acima explanado, deve ser pautada na equidade, quando dispuser sobre os requisitos e deveres conferidos ao seu exercício, a fim de que não sejam tendenciosos, sob pena de importar em uma consequente restrição ou proibição indireta, o que questionamos não ser esta uma característica da atual regulamentação.

A legislação brasileira da greve nos serviços essenciais provoca questionamentos diante da possibilidade de cerceamento do direito de autotutela trabalhista, tendo em vista a presença de ordens judiciais e multas que parecem mais favorecer as demandas da sociedade e do empregador em detrimento das necessidades dos próprios obreiros – detentores legitimados do direito em análise. Isso nos levou a indagar se esses aspectos da Lei de Greve representam avanços ou uma contenção à deflagração do movimento paredista, em especial nos serviços essenciais.

Quanto ao percentual mínimo de prestação dos serviços essenciais, esse não fora definido pela lei regulamentadora da greve, incutindo ao Judiciário o dever de definir a prestação que julgar mais condizente ao caso em concreto. Entretanto, trata-se de um aspecto complexo e subjetivo dessa contenda, pois demanda que deva ser orientado pela busca da equidade, algo difícil de ser mensurado, pois a arbitragem judicial não poderá ser ínfima a ponto de não corresponder às necessidades da população, e nem poderá ser extraordinário o percentual definido, caso contrário, a ação grevista fracassará, importando em um cerceamento indireto ao direito de greve (LIMA, 2010). Contrabalanceiam-se, nesse caso, os interesses da sociedade *versus* os interesses dos trabalhadores, a fim de calcular um denominador capaz de agradar ambas as tensões, sem, no entanto, restringir parcela significativa do direito trabalhista para tanto.

Assim, apesar de a greve não poder ser indiretamente contida, impõe-se a fixação pela Justiça de um menor percentual possível, haja vista que a intenção e a tensão da greve visam provocar exatamente a frustração econômica do lucro do empregador, bem como o desconforto geral da coletividade, para que auxiliem na resolução do impasse.

Ressaltamos que a Lei de Greve expressa importante avanço na relação jurídico-social brasileira, principalmente quando se coteja o longo percurso de rejeição e repressão por parte da sociedade e do Estado a essa manifestação dos trabalhadores. Mas essa legislação ainda carrega muito desse espírito repressivo e controlador que historicamente se conformou no país, o que demanda esforços políticos e jurídicos permanentes no sentido de se pensar e dimensionar formas que atentem mais para o equilíbrio dos direitos e das garantias confrontados, visto que o Estado não pode beneficiar um lado em detrimento da supressão da demanda do outro (LIMA, 2010).

No nosso entender, questionamentos que levem a uma maior restrição ao exercício do direito de greve tenderão a inibir de forma ainda mais contundente as manifestações grevistas, pois já prevalece, no ordenamento legal, um vasto rol de requisitos e deveres que condicionam a licitude do movimento ao cumprimento desses requisitos.

Compreendemos que a elaboração de uma nova regulamentação do direito de greve, abrangendo dessa vez os servidores públicos, faz-se necessária para que a ação política em defesa dos interesses dos trabalhadores possa se viabilizar. Para tanto, mecanismos legais com maior teor restritivo não devem prevalecer, entendendo ainda que se trata de um dilema da sociedade, devendo existir equilíbrio na defesa de direitos antagônicos.

Ressaltamos também que o fenômeno da greve, tanto no mundo político, jurídico como na vida em sociedade, é visto de forma conflituosa. Da parte desta, manifestam-se posturas favoráveis, indiferentes ou discriminatórias, as quais podem influir nos rumos e resultados das greves.

Com relação aos entraves normativos existentes e que afetam negativamente a deflagração e desenvolvimento de movimentos paredistas, destacamos para análise as ordens judiciais e as multas cominadas, pelo potencial cerceador que contém. Mas a contenção proveniente desses mecanismos, cominados quando o Judiciário prevê risco à sociedade, representa uma *post* restrição indireta a greve, e não apenas em mera averiguação de legalidade e legitimidade do instituto, conforme analisaremos a seguir.

4.1 DAS ORDENS JUDICIAIS EMANADAS DOS PRESIDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS TRABALHISTAS E DA POSSIBILIDADE DE COMINAÇÃO DE MULTAS AOS SINDICATOS

Emanadas do entendimento jurisprudencial brasileiro, as ordens judiciais, embasadas no artigo 12 da Lei de Greve, têm o condão de impor o mínimo dos serviços a serem prestados, em caso de resistência ou não execução pelos grevistas, importância essa incumbida ao Poder Público, por tratar-se de serviços indispensáveis à coletividade. É o meio jurisprudencial encontrado pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho de obrigar o retorno imediato da prestação dos serviços essenciais, caso entenda que esta prestação não ocorreu a contento ou foi feita de forma

inapropriada. Esses provimentos legais foram repetidos por diversos outros Tribunais Regionais do Trabalho, através de seus Presidentes (LIMA, 2010).

Cortez (2010) informa que as ordens judiciais podem dispor acerca da necessidade de contratação de substitutos pelo empregador para que forneçam os serviços essenciais paralisados; a requisição ao Poder Executivo para que viabilize a prestação dos serviços não prestados; e a “*sugestão*” de uso de força coercitiva para que as partes litigantes entrem em acordo quanto à prestação dos serviços mínimos.

A cominação judicial para as partes “*desobedientes*” de multas, também denominadas *astreintes*, é imbuída do dever de indenizar o dano considerado abusivo, através da prestação de cunho pecuniário, denotando, assim caráter coercitivo, hábil a obrigar as partes a acatarem o emanado pelo Judiciário, com fulcro nos artigos 722 a 724 e 729 consolidados.

Ao lado das ordens judiciais, há, conforme aponta Frediani (2001), as sentenças normativas, de caráter coercitivo, denotam uma vinculação da greve ao entendimento consolidado pelo referido Tribunal acerca do movimento, e retirando, dessa forma, a autonomia de vontade garantida pela legislação aos trabalhadores, de disporem sobre seu movimento de resistência.

O papel das ordens judiciais emanadas dos Tribunais Trabalhistas é o de exercer coação suficiente para acabar com a greve de imediato ou estabelecer o percentual mínimo de prestação dos serviços inadiáveis, caso contrário as multas funcionarão de forma coercitiva e indenizatória. Contudo, entendemos não ser esse o papel dos referidos mecanismos, mas sim o de conter o movimento, caracterizando numa *post* restrição indireta ao instituto da greve, não representando um mero controle de legalidade e legitimidade do movimento.

Em relação às multas, essas são emanadas do Judiciário em caso de descumprimento de seus preceitos, informando Cortez (2010, *apud* ROMITA, 2005) que ainda não houve imposição da mesma no setor essencial.

Em face desse procedimento jurisdicional, a greve pode perder força, sendo obrigada a se dissipar, pois poucos são os sindicatos que conseguem continuar firmes em suas lutas, não obedecendo nem à sentença normativa declaratória, nem à decisão proferida na ação de cumprimento, apesar da imposição de multas diárias e da decretação da penhora de bens.

Embora não haja consenso doutrinário a respeito da abusividade e da inconstitucionalidade das referidas multas, Cortez (2010) destaca que, aparentemente, essas foram recepcionadas pela lei grevista, em razão de seu artigo 15 tratar a respeito da possibilidade de reparação de ilícitos ou abusos grevistas na seara trabalhista.

Por sua vez, Frediani (2001) informa que a origem das multas procede do ordenamento italiano, entendendo e justificando sua imposição como a atuação cogente e coercitiva judicial

imposta em face ao desacato do previamente emanado, deixando em segundo plano a proteção e o atendimento às necessidades da coletividade.

Colacionamos o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da possibilidade de cominação em multa aos grevistas que não atenderem os requisitos legais ou não prestarem minimamente os serviços essenciais.

GREVE. ATIVIDADES ESSENCIAIS. MULTA. A greve, como ato jurídico, deve sujeitar-se à regulamentação legal, sendo, portanto, abusivo o movimento deflagrado sem a observância dos requisitos formais contidos na Lei nº. 7.783/89. Por outro lado, o direito de greve em atividades consideradas essenciais é condicionado ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, acarretando a inobservância de tal preceito a interferência do Poder Público com a finalidade de assegurar ao efetivo cumprimento da lei, cabendo, para tanto, a fixação de multa por descumprimento da obrigação de fazer imposta (CPC, art. 461, §4º) [TST – RODC 609.069/99 – SEDC – Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – DJU 1º.12.2000].

Depreende-se do posicionamento jurisprudencial trabalhista o condão coercitivo inerente às multas, capaz de garantir o cumprimento das obrigações impostas aos grevistas (MELO, 2009). De fato, as multas possuem força coercitiva, mas entendemos que não é somente com vistas a atender as obrigações legais impostas à greve, mas também o de superproteger os interesses da coletividade, em detrimento dos interesses trabalhistas.

Compreendemos que os referidos comandos jurisprudenciais traduz a noção de um poder coercitivo supralegal, sendo questionado pela doutrina quanto a sua legalidade (CORTEZ, 2010), por entender que viria a ferir os preceitos da lei grevista. Indagamos desse modo, se não possuem, as ordens judiciais, força normativa superior à legislação trabalhista, e pior, se não estariam em choque com o conteúdo da vigente Carta Constitucional.

Brito Filho (2009 *apud* CORTEZ (2010) indaga a respeito da legalidade das ordens em razão de parecer existir uma possível padronização do percentual mínimo de prestação de serviços essenciais, sendo esse estipulado em torno de 30%. Salienta, também, que a cominação do percentual mínimo é imposta pelos magistrados, por não haver uma expressa previsão legal.

A estipulação de uma padronização do percentual mínimo de serviços essenciais durante o decurso de uma greve, além de importar em medida coercitiva, pois, em caso de desacato, sanções podem ser cominadas, nota-se, também, que o referido padrão retira força do movimento paredista, por estar sendo o serviço confortavelmente prestado à sociedade, não gerando o desconforto intrínseco à greve (LIMA, 2010).

Defendemos que os Tribunais apenas devam determinar o percentual mínimo que deva ser prestado no setor essencial ao caso em concreto, levando-se em consideração a particularidade de cada espaço social, a urgência do atendimento de determinada atividade e a segurança da sociedade,

bem como a premência das demandas trabalhistas, sendo possível, assim, garantir interesses da sociedade, ao passo em que também permita ao trabalhador exercer plenamente o direito constitucional de greve e que esse possa efetivamente produzir efeitos.

Sendo assim, para evitar a insegurança jurídica inerente à estipulação do percentual mínimo pelas ordens judiciais ao caso concreto, por não dispor os trabalhadores de um número base prévio, defendemos que a lei deva regulamentar essa questão, apresentando patamar mínimo e máximo ao referido percentual, a ser observado pelos Tribunais com base na realidade da greve e na necessidade emanada da população. Assim, essa medida legal terá o condão de afiançar à parede segurança e equidade nos julgados, conforme preceitua a Constituição de 1988.

Destarte, advogamos a ideia de que as multas sejam utilizadas apenas em último caso pelos Tribunais, quando houver a real necessidade de defesa de direitos e garantias concretamente abalados, a fim de evitar a disseminação de mais uma modalidade de contenção implícita ao já restrito e defensivo movimento grevista.

Dessa maneira, analisamos a divergência doutrinária sobre a legalidade e a legitimidade das ordens judiciais e da cominação de multas, ressaltando que as referidas ordens possuem força suficiente para conter a greve, sendo, também, uma restrição indireta ao aludido direito, criadas com o fulcro de paralisar de imediato a greve intitulada como injusta e ilegal pelo Judiciário.

Com este estudo, procuramos demonstrar a relevância do movimento grevista, sua emergência no mundo capitalista, características e efeitos, com destaque para a evolução histórica da legislação brasileira, sobretudo, o seu traço contemporâneo, devendo o direito de greve ser amplamente defendido por todos, haja vista sua vital importância e função: garantir a melhoria das condições de trabalho e salários pactuados nos contratos laborais, ganhando, assim, a sociedade mais qualidade nos serviços prestados, sejam eles considerados essenciais ou não.

A greve é, portanto, um direito constitucional individual e social, a ser exercido coletivamente e temporariamente pelos trabalhadores, com vistas a ocasionar prejuízo econômico ao empregador para que suas reivindicações sejam atendidas, sendo, deste modo, uma medida de autotutela e de pressão com amplo impacto político e social. Sua lei regulamentadora, emanada indiretamente pela população, por meio da escolha de seus representantes legislativos, não pode importar em uma restrição a esse direito em detrimento dos interesses gerais da coletividade – mesmo que indireta, como fez a Carta Constitucional promulgada na ditadura, em 1967. Não deve limitar indiretamente o direito, com a imposição de inúmeros empecilhos legais à sua deflagração e licitude, sob pena de inviabilizar por completo o exercício constitucional dos trabalhadores de reivindicarem melhorias em suas condições laborais, com a promoção e efetivação de seus direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. Lei n.º 7.783/89, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7783.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2232963>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2244628>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/index_acordao.html>. Acesso em: 20 ago. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. **Estado de Direito**. Lisboa: Tipografia Guerra – Viseu, 1999.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **A lei de greve**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007.

FREDIANI, Yone. **Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2001.

LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. **Greve nos serviços essenciais: a paralisação à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência brasileiras**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), João Pessoa, 2010.

LIRA, Fernanda Barreto. **Greve e os novos movimentos sociais**. São Paulo: LTr, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

MOMEZZO, Marta Casadei. **A greve em serviços essenciais e a atuação do Ministério Público do Trabalho**. Dissertação (Doutorado em Direito) - PUC/SP, São Paulo, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Compêndio de Direito Sindical**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº. 105**, de 5 de junho de 1957. Disponível em: <http://www://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:NsBhOwU-SagJ:www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_105.pdf+conven&pli=1>. Acesso em: 5. set. 2010.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006.

SARAIVA, Renato. **Como se preparar para o Exame de Ordem – Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Paulo Antônio Maia e. **Sinopse de Direito do Trabalho**. São Paulo: CL EDIJUR, 2011.

SORJ, Bernardo. **A Nova Sociedade Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilização da greve.** São Paulo: LTr, 2000.

MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO. PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO.

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Desembargadora do TRT 15ª Região. Doutora pela USP.
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho –
ANDT e Membro da REDLAJ

Daniel Gemignani

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo (PUC/SP) e Auditor Fiscal do
Ministério do Trabalho.

RESUMO

Num mundo pautado pela *lógica do descarté*, que assim tenta enquadrar o próprio ser humano, surge uma nova questão social, marcada por acirradas controvérsias em relação a segurança, saúde e integridade física no meio ambiente de trabalho. Neste contexto é preciso que o binômio dever ser/sanção, que estruturou o sistema jurídico da modernidade, passe a revestir-se de uma nova conotação, incorporando os princípios da precaução e prevenção como norte de um novo padrão normativo, a fim de manter sua eficácia na contemporaneidade e resguardar a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas postos pela Constituição de 1988.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Meio ambiente do trabalho. Princípios da precaução e da prevenção. Inversão do ônus da prova.

ABSTRACT

In a world ruled by the logic of disposal, which just tries to reduce the human being's dignity, a new social issue arises, marked by hard controversy regarding the safety, health and physical integrity of the employee in the work environment. In this context it is necessary that the binomial legal obligation/punishments, which structured the legal system of the modernity, shall be used with new meanings, including the principles of precaution and prevention, as the main directions of a new normative standard, in order to maintain its enforcement in contemporary moment and assure the effectiveness of fundamental labour rights, set forth by the 1988 Brazilian Constitution.

Keywords: Fundamental rights. Work environment. principles of precaution and prevention. Reversal of the burden of proof.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico da modernidade foi edificado sob o binômio dever ser/sanção. As normas de conduta estabelecem determinados comportamentos, que, se violados, ensejam a aplicação de certa penalidade. O Estado-juiz atua somente quando provocado, em caso de ameaça concreta ou após a ocorrência de lesão.

A intensificação do conflito social que marcou as últimas décadas, veio demonstrar que isso não era suficiente para que o Direito pudesse cumprir seu objetivo de dirimir conflitos e obter a pacificação social com justiça.

Nestes tempos de sociedade líquida, como define o sociólogo Zygmunt Bauman, a estratégia de obsolescência programática, que num primeiro momento foi engendrada para estimular a atividade econômica, chegou a um impasse.

Com efeito, o que se convencionou denominar “obsolescência programada” surgiu como alternativa na primeira metade do século passado, visando estimular a atividade industrial para superar a grande depressão causada pelo *crash* de 1929. Consistia na prática de reduzir a vida útil dos equipamentos para poder vender mais e, assim, impulsionar a retomada econômica. Com o tempo, consertar o que estava quebrado ficou tão caro, que era melhor jogar fora e comprar um novo. Jogar fora o *velho* produto e comprar a última novidade tecnológica devia ser estimulado, porque se as pessoas continuassem a comprar, a atividade econômica permaneceria aquecida e todos teriam emprego.

Entretanto, a intensificação deste processo de troca do *velho* (embora ainda passível de conserto) pelo novo, também levou ao desperdício de grandes quantidades de matéria-prima, água e energia, não só das utilizadas na produção dos que estão sendo *jogados fora*, mas também dos que são freneticamente produzidos para durar pouco, o que vem causando sérias preocupações quanto ao esgotamento dos bens da natureza, provocando danos ao ecossistema e ao meio ambiente, e comprometendo as condições de vida das próximas gerações.

Nesse sentido o documento intitulado *O futuro que queremos*, recentemente divulgado pela Organização das Nações Unidas - ONU, chamando atenção para a importância de uma governança ambiental, diretriz que serve de referência também para o ambiente onde o trabalhador passa grande parte de sua vida produtiva.

Mas não é só.

Esse *modus operandi* marcado pela lógica do descarte, calcado na ideia matriz de que tudo tem que ser substituído rapidamente, vem gerando uma mentalidade que passou a ser aplicada também em relação à própria pessoa do trabalhador, sua segurança, saúde, integridade física e mental.

Este artigo se propõe a examinar tais questões, focando a análise em seus desdobramentos no meio ambiente de trabalho e os efeitos que provoca na formação de um novo padrão normativo.

2 A LÓGICA DO DESCARTE

O intercâmbio comercial trouxe muitos benefícios para a humanidade. A troca de produtos, serviços e informações sempre se constituiu num importante motor de desenvolvimento.

Entretanto, na contemporaneidade, a lógica da *compra/venda* passou a monitorar os demais atos da nossa vida, aniquilando o conceito de valor e substituindo-o pela idéia de preço. Assim, pouco importa o valor, basta saber qual é o preço.

O mais assustador é que essa mentalidade vem sendo aplicada também ao ser humano, destituindo-o da condição de sujeito e transformando-o num objeto passível de troca, cujo “preço” é aferido pela possibilidade “de uso”.

Nesta toada, pouca importância se dá às condições de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho pois, quando um trabalhador fica incapacitado, é mais fácil descartá-lo e substituí-lo por um *novo*.

Se durante todo o século XX lutamos bravamente para impedir que o trabalho fosse reduzido a situação de mercadoria, no início deste novo século nosso desafio é maior ainda: impedir que a própria pessoa do trabalhador seja reduzida à condição de mercadoria, num momento em que a descoberta de novas tecnologias e a exigência de intensificação dos ritmos das tarefas tem precarizado o meio ambiente de trabalho, aumentando os acidentes e provocando o surgimento de novas doenças.²

Neste contexto, se revelam cada vez mais insuficientes as singelas respostas até hoje oferecidas, seja a consistente no pagamento de um adicional pela prestação laboral em condições de insalubridade e periculosidade, seguida de um rápido “descarte” do ser humano quando perde seu “uso”, seja a sedimentação da que se pode denominar “cultura do EPI - Equipamento de Proteção Individual”, que a transfere ao empregado o ônus de se proteger dos riscos ambientais como algo natural, ao invés da adoção de equipamentos de proteção coletivo, os denominados EPC, ou de modificações na organização do trabalho, de modo que o meio ambiente de trabalho seja adequado ao ser humano, que despense lá importante parte de seu tempo de vida³

2 *Exempli gratia*, os riscos ergonômicos - hoje tratados pela Norma Regulamentadora nº 17 e seus anexos, com redação dada pela Portaria MTPS n.º 3.751, de 23 de novembro de 1990 - e as doenças ocupacionais, cuja constatação vem recebendo maior atenção, principalmente após a implantação do Nexo Técnico Epidemiológico - NTEP, pela Previdência Social. Esses temas serão tratados ao longo de todo o texto.

3 A crítica a sedimentação da mencionada “cultura do EPI” é tema dos mais interessantes em matéria de meio ambiente do trabalho. Imagina-se que capacetes, máscaras e macacões sejam métodos de proteção do trabalhador. Nada mais equivocado. A questão da proteção do trabalhador deve ser guiada, precipuamente, pela eliminação dos fatores de risco de forma coletiva - seja por meio de EPC ou por modificações na organização do trabalho -, sem empurrar a quem labora, além dos seus afazeres, os riscos e a responsabilidade de inevitáveis lesões. Trata-se, logicamente, da imputação dos riscos da atividade produtiva a quem dela se beneficia, sem transferi-los para o trabalhador.

3 REPRISTINAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL?

A chamada questão social começou a aflorar com maior intensidade em meados do século XIX, em decorrência das penosas e adversas condições de trabalho, que provocavam lesões cuja reparação não encontrava resposta no direito comum.

A necessidade de construir um novo direito que olhasse além das teóricas categorias jurídicas codificadas, prestasse mais atenção à realidade da vida e dos fatos cotidianos, teve que percorrer um longo caminho até conseguir a edificação de uma nova base axiológica, que lhe desse suporte para a autonomia, tarefa para a qual, na América do Sul, tanto Cesarino Junior(1940) quanto Plá Rodriguez (2004) contribuíram de forma significativa para a consolidação do Direito do Trabalho como ramo autônomo, regido por conceitos próprios, assim passando a regular o mundo peculiar das relações trabalhistas.

Entretanto, as décadas finais do século XX registraram mudanças significativas, inclusive na maneira de trabalhar e na organização dos núcleos produtivos. A grande fábrica fordista deu lugar a conglomerados autônomos, marcados por atuação interrelacionada e pela intensificação do ritmo de trabalho.

A utilização do telefone celular e do computador transformaram as ferramentas de trabalho, aumentando as horas à disposição do empregador e invadindo os tempos da vida privada, criando de maneira camuflada e sub-reptícia novas formas de servidão.

O estímulo à atividade econômica, mediante a generosa concessão de financiamentos por longo prazo, veio formatar aquilo que o sociólogo Bauman (2001, p. 183) define como vida à crédito. Explica que antes, na sociedade dos produtores, o “adiamento da satisfação costumava assegurar a durabilidade do esforço do trabalho”, por isso era preciso sacrificar o presente para poder gozar no futuro. Hoje, na sociedade dos consumidores, é preciso garantir a “durabilidade do desejo”, gozar acelerada e exaustivamente o presente, vivendo “de crédito”, cuja amortização se dará posteriormente, obrigando o ser humano a trabalhar intensamente para poder pagar o extenso rol dos débitos que assumiu, na pretensa satisfação de desejos que nunca terminam, gerando novas situações de servidão, que vão formar o caldo de cultura para o ressurgimento da questão social.

Embora se apresente com nova roupagem, na verdade o que ocorre é uma repristinação da questão social do século passado, que volta com força ante a dimensão da lesão que se avizinha, exigindo novas formas de proteção jurídica para evitar que o estado de constante servidão transforme o ser humano num objeto descartável.

Ao lado de um movimento de ascensão do individualismo, marcado pelo mote nietzschiano (2006, p. 147) “devo completar-me de mim mesmo”, e de rejeição do solidarismo, que tem reduzido a participação dos trabalhadores na vida sindical, observa-se uma preocupante

intensificação das macro lesões, notadamente no meio ambiente de trabalho, trazendo para o foco da discussão a questão dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando em cheque o modelo de acesso à Justiça pela categorização de interesses e direitos.

Por isso, Bueno (2011, p. 18) chama atenção para a necessidade de aprimorar, ampliar e otimizar a eficiência do acesso coletivo à Justiça, superando a baliza da categorização. Ressalta que:

[...] os direitos e interesses difusos, tanto quanto os coletivos e os individuais homogêneos, não são classes ou tipos de direitos preconcebidos ou estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São - é esta a única forma de entender, para aplicar escorreitamente, - a classificação feita pela lei brasileira - formas preconcebidas, verdadeiros modelos apriorísticos, que justificam, na visão abstrata do legislador, a necessidade da tutela jurisdicional coletiva. Não devem ser interpretados, contudo, como realidades excludentes umas das outras, mas, bem diferentemente, como complementares.

O meio ambiente de trabalho, pela dimensão e importância que apresenta, congrega direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja análise deve ser feita sob a perspectiva constitucional.

Com efeito, a constitucionalização dos direitos trabalhistas é a resposta que vem sendo apresentada pelo sistema normativo à nova questão social surgida na contemporaneidade, apontando para a edificação de um novo padrão axiológico, que a doutrina vem sedimentando na aplicação dos direitos fundamentais também às relações entre particulares, superando o antigo modelo que os restringia às relações do cidadão com o Estado.

Conforme já ressaltado em outro artigo GEMIGNANI; GEMIGNANI (2009, p. 70) , uma “das características mais expressivas da pós-modernidade, que marca a época contemporânea, é a intensificação das relações de poder entre os particulares”. Num momento de fragilidade das instituições, o sistemático descumprimento da lei causado pelo descrédito em sua atuação coercitiva, tem acirrado as disputas de poder nas relações privadas, entre as quais as trabalhistas”. Quando se trata de meio ambiente de trabalho, essa relação entre particulares se reveste de especial importância, porque gera efeitos ainda mais amplos, em decorrência das consequências que pode provocar em seu entorno social.

4 AS CONSEQUÊNCIAS

O direito de trabalhar num ambiente saudável e seguro, disposto no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal ao garantir a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” alberga direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além disso se reveste de inequívoca **socialidade**, por ser evidente o predomínio do interesse social sobre o meramente individual, assim ensejando a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da empresa e função social da propriedade, pois os efeitos provocados não atingem apenas as pessoas dos contratantes, de modo que se revela insuficiente a alternativa de apenas pagar um adicional (de insalubridade ou periculosidade) ao invés de melhorar, de forma efetiva, as condições do meio ambiente do trabalho.

O trabalhador acidentado, “descartado do processo produtivo”, vai engrossar a legião dos excluídos, passando a ser sustentado pela previdência, num momento em que o modelo conhecido como *Estado do bem estar social* se desintegra a olhos vistos.

Neste contexto, qual a função do Direito ?

5 A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

Como bem ressaltou Bobbio (1992, p. 25)

[...] não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para **garanti-los**, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Assim sendo, em relação ao meio ambiente de trabalho, o direito contemporâneo não pode esgotar sua capacidade de atuação apenas na apresentação de resposta às situações de ameaça concreta, ou na função reparatória da lesão já ocorrida. A intensificação da função promocional do Direito e o estímulo à atuação preventiva mais abrangente se tornam cada vez mais importantes.

Em relação ao trabalhador, assegurar meio ambiente de trabalho seguro e saudável evita lesões incapacitantes ainda na idade produtiva, diminuindo os custos da previdência social com afastamentos por doenças e aposentadorias precoces.

Também evita inegável dano à sociedade, pois um trabalhador acidentado ou doente, que é “encostado”, leva para a exclusão social toda sua família. A queda da renda prejudica os filhos, que tem sua formação profissional comprometida, porque precisam entrar mais cedo no mercado de trabalho, a fim de contribuir para o próprio sustento.

A intensificação do ritmo das obras de construção civil, *exempli gratia* as premidas pelos curtos prazos de entrega e conclusão em virtude da Copa do Mundo, a ser realizada no Brasil em 2014, vem delinear um quadro preocupante, pois leva à inequívoca precarização das regras de segurança, o que pode aumentar, e muito, o número de acidentes e doenças profissionais.

Portanto, é chegado o momento de ponderar que, para garantir meio ambiente saudável e equilibrado no local de trabalho não basta efetuar pagamentos por danos já ocorridos, cujos efeitos

via de regra são irreversíveis e a *restitutio in integrum* impossível. É preciso **agir antes**. Nesta perspectiva, as ideias de precaução e prevenção entram no ordenamento como princípios reitores da edificação de um novo modelo de normatividade, pois tem o escopo de **evitar que o dano ocorra**.

Apesar de já ter adotado uma Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), o Brasil ainda não ratificou a Convenção 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a adoção de medidas mais efetivas para preservação da segurança e saúde, por constatar que a maioria dos danos ambientais de grande proporção está relacionada ao desempenho de uma atividade econômica e exercício de um trabalho.

No entanto, a Convenção 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, foi aprovada pelo Brasil (Decreto Legislativo n. 2/1992 e [Decreto n. 1.254/1994](#)). O disposto em seu artigo 3º, alínea “e”, estabelece que a saúde não pode ser definida apenas como “ausência de doenças”, abrangendo também os “elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”. Em seu artigo 4º, item 2, determina que a política estatal deve ser direcionada para:

[...] **prevenir** os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, **reduzindo** ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as **causas dos riscos** inerentes ao meio ambiente de trabalho. (g.n.) (BRASIL, 1994, p. 14819).

A Convenção 161 da OIT, também aprovada pelo Brasil (Decreto-Legislativo 86/1989 e [Decreto n. 127/1991](#)), caminha neste mesmo sentido, ao priorizar em seu artigo 1º, I e II as **funções essencialmente preventivas** dos serviços de saúde no trabalho, que devem orientar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre:

- I. os requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho;
- II. a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental. (BRASIL, 1991, p. 9780 – 9781)

Assim, o antigo critério de limitar a atuação da norma à exigibilidade do pagamento de um adicional pela precarização das condições de saúde e segurança, provocada pela prestação laboral em condições adversas de insalubridade e periculosidade, a execrada monetização do risco, não pode mais subsistir.

Desde o julgamento do RE 466.343-SP, o STF vem adotando as razões de decidir exaradas no voto do Ministro Gilmar Mendes, apontando para uma nova hermenêutica no sentido de que, em conformidade com o disposto no parágrafo 2º, do artigo 5º, da CF/88, os preceitos internacionais

ratificados pelo Brasil antes da EC 45 entram no ordenamento jurídico nacional como norma supralegal.

Portanto, a alusão à “lesão ou ameaça de direito”, constante do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, no que se refere ao meio ambiente de trabalho, deve ser interpretada sob a ótica de uma nova mentalidade. Ao invés da atuação restritiva, como resposta a ameaça concreta ou lesão já consumada, deve prioritariamente evitar a ocorrência da lesão, diretriz calcada nos princípios da precaução e da prevenção, que passam a ser aplicados e ter efeitos irradiantes também no direito trabalhista.

Neste sentido a reflexão de Padilha (2002, p. 32), ao ressaltar que:

[...] quando a Constituição Federal, em seu art. 225, fala em *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma *sadia qualidade de vida* necessita viver neste ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o do trabalho.

A leitura da matriz constitucional deve atentar para os novos tempos vividos neste início de século, em que a “economia capitalista produz uma enorme instabilidade, que ela é incapaz de dominar e controlar... e muito menos de evitar- assim como é incapaz de corrigir os danos perpetrados por essas catástrofes” como alerta Bauman (2010), o que gera efeitos relevantes quando se trata de saúde e segurança no trabalho.

6 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Tanto o princípio da precaução, como o da prevenção, atuaram decisivamente na formação do direito ambiental. Com o tempo a doutrina, que os reputava sinônimos, evoluiu no sentido de constatar e demonstrar que se tratavam de conceitos distintos.

Explica Belchior (2011) que o princípio da prevenção exsurge expressamente do constante dos incisos II, III, IV e V do parágrafo 1º do artigo 225 da CF/88. Consiste na adoção antecipada de medidas definidas, que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto.

Já o princípio da precaução consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e à segurança. Aponta para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

Assim, enquanto o princípio da prevenção tem o escopo de evitar determinados riscos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e potencial como esclarece Machado (2006).

Derani (2008, p. 149 - 152) ressalta que a aplicação do princípio da precaução objetiva “garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo” e, por isso, antecede a sua manifestação. É um comportamento de cautela, que visa precaver-se para evitar um possível risco, ainda que indefinido, procurando reduzir o “potencial danoso oriundo do conjunto de atividade”. Precaução é atitude de cuidado, *in dubio pro securitate*, que assim surgiu como linha mestra do direito ambiental, cuja aplicação passa a ter importância cada vez maior, inclusive em se tratando de meio ambiente do trabalho, notadamente após a promulgação do Código Civil de 2002, que, no parágrafo único do artigo 927, agasalhou a teoria do risco na fixação da responsabilidade objetiva.

Rodrigues (2005, p. 207) esclarece que, enquanto “a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisto”

Neste contexto se torna imprescindível proceder à leitura constitucional dos preceitos, como enfatiza Silva (2007, p. 22), de modo que tais princípios encontram fértil campo de aplicação, também no meio ambiente de trabalho. O empregador que deixa de garanti-lo em condições equilibradas de saúde e segurança viola também o princípio da boa fé objetiva e desatende à função social do contrato de trabalho, cujos efeitos vão muito além da pessoa dos contratantes, atingindo o entorno social em que estão envolvidos.

Em escala mundial, o desafio de se criar uma “economia verde”, eleito pela ONU como tema central da Rio + 20, está imbricado com o meio ambiente de trabalho, por implicar na adoção de um novo tipo de sistema produtivo, marcado pela eficiência no uso dos recursos naturais e garantia de inclusão social pelo solidarismo, a fim de construir um modelo de desenvolvimento sustentável para todos.

O tema é abordado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) desde 2008, quando foi lançada a iniciativa para uma economia verde, questão que notoriamente espalha seus efeitos para as relações trabalhistas.

Isso porque a preservação do meio ambiente, incluído o do trabalho, exerce forte influência na quantificação do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), cuja aferição considera, além da média de desenvolvimento, as diferenças nos indicadores de renda, educação e saúde entre a população. O relatório divulgado em novembro de 2011 pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) mostra o Brasil em 84º entre 187 nações⁴, marca que não se revela aceitável.

4 www.pnud.org.br

7 DA RESPONSABILIDADE. TEORIA DA MENOR DESCONSIDERAÇÃO

No que se refere à responsabilidade é necessário tecer algumas reflexões.

O artigo 50 do Código Civil de 2002 adotou a **teoria da maior desconsideração**, que admite a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, assim considerado quando há desvio de finalidade ou confusão patrimonial, imputando à pessoa física dos sócios a responsabilidade pelos débitos inadimplidos da pessoa jurídica.

Nestes casos haverá desvio de finalidade quando a personalidade jurídica for utilizada com fins diversos daqueles para os quais foi constituída. A confusão patrimonial ocorrerá quando houver dificuldade para saber de quem é determinado patrimônio, se do sócio ou da empresa, quando aquele se utiliza, reiteradamente, do patrimônio desta, sem haver qualquer tipo de controle.

Importante registrar que critério inverso vem sendo adotado em situações contrárias. Há decisões recentes aplicando a teoria inversa de desconsideração⁵, também com fundamento no artigo 50 do Código Civil, atribuindo à pessoa jurídica a responsabilidade pela quitação dos débitos contraídos pela pessoa física, a fim de impedir o desvirtuamento de bens em prejuízo do credor.

O direito ambiental também aplica a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive quanto ao critério inverso, mas vem trilhando outra vertente, para tanto aplicando a *teoria da menor desconsideração* explicitada no artigo 4º da Lei 9.605/1998, estabelecendo que poderá “ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, ou seja, independentemente de ter ocorrido abuso, conceito que encontra guarida nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho. Destarte, a imputação de responsabilidade ocorre de forma mais ampla, tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado.

8 DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova pode decorrer de lei (*ope legis*), ou de determinação judicial (*ope judicis*). A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando seu comportamento processual conforme o ônus atribuído a cada uma delas (aspecto subjetivo).

A diretriz, até então adotada de forma majoritária, no sentido de que a inversão *ope judicis* ocorreria por ocasião do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo Tribunal (acórdão), vem sendo cada vez mais questionada, pois o modo como é distribuído o ônus da prova influi no

5 A tese foi levantada, primeiramente, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 33.453/01 de relatoria do desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP).

comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), que assim atuam na fase de instrução. Previsão neste sentido consta do art. 358, parágrafo 1º, do novo Projeto de Código de Processo Civil- PL 166/2010.

Em julgamento proferido no Resp. 802832/MG- Recurso Especial 2005/0203865-3 - STJ 2ª Seção – 13/04/2011 - publicado no DJE 21/09/2011 - o Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino ressaltou ser preciso estabelecer uma diferenciação entre as duas modalidades de inversão do ônus da prova :

Quando *ope legis*, a própria lei, atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica, excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecido nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Nessas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

Quando *ope judicis*, ou seja, decorrendo, a inversão da determinação do magistrado, a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho respalda a inversão do ônus e sua imputação ao empregador, não só porque é ele quem tem maior aptidão para produzir a prova, mas também porque cabe a ele a adoção e a efetiva implementação das condutas de prevenção e precaução.

Nestes casos, qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine e inversão da distribuição do ônus probatório?

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento, a fim de evitar o *non liquet*, pois as consequências da falta de comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova. Trata-se do aspecto **objetivo** do ônus da prova, que é dirigido ao juiz.

No entanto, o aspecto **subjetivo** da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Com efeito, participará da instrução probatória com maior empenho a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo. Portanto, como a distribuição do encargo probatório influi decisivamente na conduta processual das partes, elas devem ter exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Portanto, como o empregador é o responsável por adotar condutas de precaução e prevenção para garantir meio ambiente de trabalho seguro, detém melhor aptidão para a produção da prova, de modo que, quando a inversão se opera *ope judicis*, assim deve ser explicitado pelo juiz, na fase de

instrução, a fim de conferir maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, preservando o devido processo legal e evitando a insegurança jurídica.

9 A EDIFICAÇÃO DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO TRABALHISTA.

Além do artigo 5º já ter incluído no sistema as convenções internacionais que tratam do meio ambiente do trabalho, e os artigos 6º e 7º, inciso XXII, considerarem a saúde e a redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental, a Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988, p. 119 e 130) estabeleceu, no inciso VIII, do artigo 200, que ao sistema único de saúde compete colaborar na proteção do meio ambiente “nele compreendido o do trabalho”, enquanto o artigo 225 atribui a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, assim incluindo o meio ambiente do trabalho.

As novas formas de trabalhar e os diferentes modos de organização produtiva provocaram o surgimento de uma nova questão social. Em conhecido filme, que foi sucesso de público⁶ por retratar a complexidade dos novos desafios contemporâneos, ao se deparar com uma situação em que o personagem interpretado por Edward Norton é tratado como objeto descartável, igual “aos sachês de adoçante servidos com o café”, além de suportar constante pressão no trabalho para entregar inúmeros relatórios com rapidez, apresentando dificuldades para dormir, o ator Brad Pitt manifesta veemente inconformismo com o estilo de vida que o obriga a trabalhar em situações adversas, com o objetivo de ter dinheiro e poder trocar incessante e desnecessariamente carros, móveis e utensílios da casa, além de comprar objetos que não precisa, para garantir um espaço de inclusão e evitar ser descartado da vida em sociedade.

No século XXI, a questão social surge imbricada com a conscientização de ser preciso evitar, que a disseminação da perversa **lógica do descarté** seja aplicada ao próprio ser humano no ambiente de trabalho, de sorte que a precaução e a prevenção, princípios que inicialmente atuaram na formação do direito ambiental, passam a permear, também, a edificação de um novo padrão normativo trabalhista, pois é impossível dissociar o envolvimento e o comprometimento da pessoa do trabalhador com a prestação do trabalho, submetido a certas condições, num determinado local.

A intensificação da violência na sociedade e seus reflexos no ambiente de trabalho, onde pessoas tem que conviver por longos períodos num local em que, via de regra, há elevado nível de stress, vem desencadeando novas doenças e lesões, que comprometem a integridade física e mental, levam ao absenteísmo elevado e ao decréscimo de produtividade, causando prejuízo a todos os envolvidos. Neste contexto, pautar normas de conduta pelos princípios da precaução e prevenção fortalece a efetividade e confere ao Direito do Trabalho musculatura mais vigorosa para lidar com

6 Clube da Luta. (Fight Club. Dirigido por David Fincher, 1999).

os novos desafios, fazendo valer o princípio da **não reversibilidade dos direitos fundamentais**. Como destaca Queiroz (2006, p. 119), os direitos fundamentais “devem ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma **cultura jurídica e política** determinada, numa palavra, um concreto e objetivo **sistema de valores**”

Esta interpretação encontra amparo em nossa Carta Política, que fixa diretriz assentada em um tripé formado pela interrelação entre o crescimento econômico, a proteção ambiental dos recursos naturais do planeta e a garantia de ambiente seguro, saudável e equilibrado no local da prestação laboral, a fim de preservar a saúde física e mental do trabalhador, padrão axiológico que imputa ao direito de propriedade e ao contrato de trabalho uma função social, além de exigir a observância da boa fê objetiva.

Importante registrar que, na seara trabalhista, já há um arcabouço infraconstitucional para sustentação desse modelo. Com efeito, o inciso I, do artigo 157 da CLT imputa às empresas a obrigação de “cumprir e fazer cumprir” as regras de segurança, enquanto o item II, do mesmo artigo, a de “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto **às precauções** a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais”, e o artigo 158 atribui aos empregados o encargo de “observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções” acima referidas.

A instituição da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho (NR 5) SESMT -Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho- (NR 4), o PPRA- Programa de Prevenção de riscos ambientais (NR 9) e o PCMSO Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (NR 7) foram iniciativas pioneiras que demonstraram a importância da conduta de prevenção e precaução para evitar lesão à saúde do trabalhador, abrindo uma nova senda quanto à edificação do padrão normativo destinado a disciplinar o meio ambiente de trabalho.

Também os institutos do *embargo* e da *interdição*, colocados à disposição da Inspeção do Trabalho pelo art. 161 da CLT, voltam-se para a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Nos termos do item 1º da Norma Regulamentadora n. 3, com redação dada pela Portaria SIT n. 199/2011, são o “embargo e [a] interdição [...] medidas de urgência, adotadas a partir da constatação de situação de trabalho que caracterize risco grave e iminente ao trabalhador”. Por risco grave e iminente entende-se, com fulcro no artigo 2º, §1º, da mesma Portaria MTE n. 40/2011, tratar-se de “toda condição ou situação de trabalho que possa causar acidente ou doença relacionada ao trabalho com lesão grave à integridade física do trabalhador.”

Após longo embate acerca da natureza dos institutos do embargo e da interdição, o Ministério do Trabalho fixou o entendimento, sedimentado no art. 21 da Portaria MTE n. 40/2011, de que

não se tratam de medidas sancionatórias, mas sim, acautelatórias, adotadas em caso de grave e iminente risco ao trabalhador. Tanto assim é que o referido artigo não impede sejam lavradas autuações por infrações constatadas, incorrendo, portanto, qualquer forma de *bis in idem*, bem como não há qualquer necessidade de ao embargo ou à interdição corresponder, necessariamente, uma infração a legislação trabalhista. O critério é, assim, o grave e iminente risco, o fundamento, a imprescindível prevenção/precaução de acidentes ou doenças do trabalho e, o mote, a saúde e segurança do trabalhador.⁷

O Decreto n. 7.602 de 7 de novembro de 2011, que dispõe sobre Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST, prioriza as ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação, apontando para a necessidade de eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho.

Estabelece a inserção de tais disposições num Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, estruturado sobre as seguintes diretrizes:

inclusão de todos trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção da saúde;
harmonização da legislação e articulação das ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, reabilitação e reparação da saúde do trabalhador;
adoção de medidas especiais para atividades laborais de alto risco;
estruturação de rede integrada de informações em saúde do trabalhador;
promoção da implantação de sistemas e programas de gestão da segurança e saúde nos locais de trabalho;
reestruturação da formação em saúde do trabalhador e em segurança no trabalho e o estímulo à capacitação e à educação continuada de trabalhadores; e,
promoção de agenda integrada de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho. (BRASIL, 2011, p. 9)

Ademais, além da imputação de responsabilidade subjetiva ao empregador “quando incorrer em dolo ou culpa” como prevê o inciso XXVIII do art. 7º da CF/1988, o art. 927 do Código Civil trouxe à baila a questão da responsabilidade objetiva “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A configuração do que é atividade de risco tem gerado muita controvérsia, não só doutrinária mas também jurisprudencial. A Convenção 155 da OIT, em seu artigo 11, inciso b, imputa às autoridades competentes o dever de controlar “as operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização”, assim como “a determinação das substâncias e agentes aos

⁷ Ademais, cumpre consignar que, nos termos do item 3.5 da Norma Regulamentadora n. 3, com redação dada pela Portaria SIT n. 199/2011, “durante a paralisação decorrente da imposição de interdição ou embargo, os empregados devem receber os salários como se estivessem em efetivo exercício.” Ou seja, ao deve a adoção, pela Inspeção do Trabalho, de medidas acautelatórias, significar prejuízos aos empregados, na medida em que não são desses, como é óbvio, os riscos da atividade econômica exercida pelo empregador.

quais estará proibida a exposição no trabalho”, devendo “ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exploração simultânea a diversas substâncias ou agentes”, o que demonstra a importância de adotar no ambiente de trabalho condutas e procedimentos em conformidade com os princípios da precaução e prevenção.

O artigo 21 A da Lei 8.213/91 prevê a caracterização da natureza acidentária da incapacidade apresentada, quando constatado nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e a lesão, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID. Para afastá-lo, conforme preceituado nos parágrafos 1º e 2º, cabe ao empregador o ônus de demonstrar a inexistência do nexos, o que inclui a comprovação de que tomou todas as providências necessárias para a precaução e para a prevenção da ocorrência da lesão.

Em relação aos trabalhadores expostos a agentes nocivos à saúde, desde 2004 o empregador é obrigado a entregar, na rescisão contratual, o documento denominado perfil profissiográfico previdenciário (em lugar do anterior DIRBEN- 8030), que deve conter as informações referentes à atividade exercida e ao meio ambiente de trabalho, conforme prevê o artigo 58 da Lei 8213/91 e a IN INSS/DC 96/2003. O parágrafo 2º do artigo anteriormente referido consigna que, deste documento, deve constar se é adotada, no local de trabalho, “tecnologia de proteção coletiva ou individual, que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre sua adoção pelo estabelecimento respectivo”, o que denota a importância dos princípios da precaução e da prevenção.

Conforme dados apresentados pelo TST,⁸ há mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano no Brasil e a média de sete mortes por dia, sendo que a Previdência Social gasta R\$ 10,4 bilhões por ano com acidentes de trabalho

Investir na melhoria das condições de trabalho, para que o ambiente seja saudável e seguro, cria um círculo virtuoso em benefício de todos os envolvidos. Traz vantagens para o empregador, que não perde o tempo e dinheiro investidos no treinamento e pode contar com um empregado sadio e bem treinado, reduz o número de acidentes e de doenças profissionais, diminuindo os gastos previdenciários com auxílio-doença e aposentadorias precoces; evita o comprometimento da empregabilidade futura do trabalhador, a desagregação familiar e os casos recorrentes de alcoolismo e violência doméstica.

Além disso, há outra consequência importante: o artigo 120 da Lei 8213/91 prevê o ajuizamento, pela previdência, de ação regressiva contra os responsáveis, quando constatada “negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva”. Em observância a tal diretriz, a Recomendação 21/2011, expedida pela CGJT,

8 www.tst.jus.br

estabelece que Desembargadores e Juízes do Trabalho encaminhem à Procuradoria da Fazenda Nacional cópias de sentenças/acórdãos que reconheçam a conduta culposa do empregador em acidente de trabalho, assim possibilitando o ajuizamento dessas ações regressivas.

Por causa do alto número de acidentes no Brasil, responder a tais ações regressivas implicará no gasto de valores expressivos pelo empregador, que deverá incluir o pagamento de despesas médicas, previdenciárias e indenização aos dependentes das pessoas vitimadas ou mortas.

10 A IMPORTÂNCIA DA PERSPECTIVA PREVENTIVA

No início do século passado, o médico Oswaldo Cruz atuou intensamente para vencer resistências e propagar a ideia de que era melhor prevenir doenças, do que tentar curar as que podiam ser evitadas. A conhecida **guerra da vacina** lhe trouxe muitos dissabores, mas deixou seu nome ligado à importante mudança de paradigma, que conferiu um salto de qualidade na vida do brasileiro. Este desafio está sendo apresentado ao Direito um século depois.

As obras afetas à Copa do Mundo de 2014, Olimpíadas de 2016, exploração do petróleo em águas profundas com o trabalho a ser desenvolvido em plataformas e unidades de perfuração, num modelo que atribui à Petrobrás a situação de operadora de todas as reservas do pré-sal, suscita questionamentos importantes quanto a segurança e condições de saúde no meio ambiente de trabalho, por ser inevitável o enfrentamento de problemas provocados por novas tecnologias, que certamente advirão.

Nesse contexto, ante a evidente insuficiência da regulação jurídica meramente reparatória da lesão já ocorrida, chega com força a ideia de ser necessário atuar com precaução e bom senso na prevenção dos conflitos, mediante a formatação de um novo padrão de normatividade em relação às questões que tratam do meio ambiente de trabalho.⁹

Essa nova perspectiva demonstra que, enquanto a reparação do dano já ocorrido é prejuízo, como um número expressivo de acidente de trabalho é evitável, o que se gasta na prevenção é investimento e não custo, pois traz mais segurança para o exercício da atividade econômica e melhor qualidade de vida ao trabalhador. Ademais, garantir condições de trabalho decentes confere seriedade ao marco institucional do país e conseqüente *upgrade* no cenário internacional, além de propiciar inestimáveis benefícios à sociedade brasileira como um todo, ao reduzir a conflitualidade e aumentar os níveis de bem estar dos atores sociais.

⁹ O tema foi abordado por nós em trabalho inicial apresentado no 7ª ILERA - *Regional Congress of the Americas and 5ª - IBRET - Instituto Brasileiro de Relações do Emprego e Trabalho - Conference*, com trabalho cujo título é: *Fair play on the negotiate table: heading to a self-regulated model*, realizado em São Paulo, em 2011. O texto completo apresenta-se sobre o título: *Fair play nas negociações coletivas: rumo a um sistema normativo mais republicano*, e pode ser acessado em <http://www.ibret.org.br/ui/evento/anais/cdirca/trabalhos/2919.pdf>.

Como ressalta o constitucionalista peruano Roldán (2008, 142):

[...] a conduta dos órgãos públicos e dos cidadãos deve ser coerente com os fins colimados pelo estado Democrático. Dentro deste esquema, a economia deve orientar-se pelo desenvolvimento, garantindo sempre a dignidade e a liberdade das pessoas, para que o desenvolvimento econômico ocorra em conjunto com o bem-estar geral.

11 A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. A EXPERIÊNCIA DE CUIABÁ.

Esta mudança de eixo torna insustentável a antiga configuração de um Judiciário inerte, que só age quando provocado, exigindo que assuma postura proativa, como um dos agentes de transformação do marco normativo.

Nesta senda, o TST, atento aos sinais que demonstram a possibilidade de intensificação da ocorrência dos acidentes nesta fase de aceleração das obras de construção civil para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, organizou nos dias 20 e 21/10/2011 um Seminário sobre Prevenção de Acidentes de Trabalho. A taxa atual de trabalhadores acidentados na construção civil é de 17,8% por 100 mil habitantes, enquanto a taxa geral é de 6,1% por 100 mil habitantes¹⁰, o que vem demonstrar a importância da implementação dos princípios da prevenção e precaução em relação ao meio ambiente de trabalho neste setor de atividade.

Consciente disso, Osmair Couto, então presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso, organizou uma audiência pública em novembro de 2011, em que proferi palestra de abertura na condição de desembargadora, ressaltando a necessidade de adotar e divulgar boas práticas, prevenir litígios, reduzir os acidentes de trabalho e estimular o trabalho decente, destacando a importância da atuação proativa do Direito na obtenção da pacificação com justiça e diminuição dos níveis de conflito, através do estímulo à prevenção e à precaução.

O evento contou com a participação de representantes da Secretaria Regional de Trabalho e Emprego (SRTE) do Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho¹¹, sindicatos, Prefeituras de Cuiabá e Várzea Grande, Assembléia Legislativa de Mato Grosso, OAB-MT, Associação dos Advogados Trabalhistas (Aatramat) e Associação dos Magistrados do Trabalho de Mato Grosso (Amatra 23).

Durante as discussões, os participantes ressaltaram a necessidade de se adotar medidas para evitar que, ao fim das obras realizadas para a Copa de 2014 não fique para trás um contingente de trabalhadores acidentados ou mesmo sem receber direitos trabalhistas básicos.

¹⁰ www.tst.jus.br

¹¹ No âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), cumpre destacar a criação do Grupo Móvel de Fiscalização de Grandes Obras, cujo fim principal é o destacamento de Auditores Fiscais do Trabalho dedicados a fiscalizar o andamento de grandes obras Brasil afora, dedicando atenção especializada a empreendimentos de vulto.

Representantes das entidades envolvidas na realização e fiscalização das obras da Copa do Mundo de 2014 na região assinaram a Carta de Compromisso de Cuiabá.

Entre os onze compromissos firmados, os subscritores destacaram a importância da observância dos deveres pertinentes à higiene do meio ambiente do trabalho, a responsabilização solidária do empregador e do tomador dos serviços pela observância das normas atinentes ao meio ambiente do trabalho. Ressaltaram que eventual alegação de necessidade de cumprimento de prazos na realização de grandes obras, inclusive em relação à Copa do Mundo de 2014, não poderá ser aceita como justificativa para o descumprimento das normas de proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Destacaram que, apesar das controvérsias jurídicas a respeito da responsabilidade trabalhista do dono da obra, todos os que atuam na execução de empreendimentos na construção civil (donos da obra, empreiteiras e empresas especializadas subcontratadas) devem envidar esforços para o cumprimento de todos os deveres referentes à segurança dos trabalhadores, considerando que todos são responsáveis pelo meio ambiente de trabalho saudável.

Por fim, comprometeram-se em manter aberto um canal permanente de interlocução com os diferentes atores sociais, visando estimular a adoção concreta de boas práticas para prevenir litígios, reduzir acidentes de trabalho e construir uma cultura de precaução e prevenção, a fim de garantir a prestação de trabalho decente.

12 CONCLUSÃO

Ao constatar a mutabilidade que a caracteriza, processada num ritmo cada vez mais intenso, o conceituado sociólogo Bauman (2001) esclarece que vivemos numa sociedade líquida, assim classificada porque os líquidos mudam de forma rapidamente, sem qualquer pressão, e por sua natureza, não tem condições de se solidificarem.

Na sociedade instável e invertebrada, a questão social ressurgiu com a mesma força de séculos atrás, porém com maior poder de destruição, por tentar transformar o trabalhador num dado líquido, incutindo nas relações laborais a lógica do descarte, que corroí de forma insidiosa, os pilares de sustentação do direito trabalhista.

Neste cenário cresce de importância a atuação dos sindicatos, que conhecem mais de perto os locais de trabalho e os riscos existentes. Também se revela significativa a atuação do Ministério Público do Trabalho, seja na celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), que detém força executiva conforme dispõe o artigo 876 da CLT, seja no ajuizamento de Ação Civil Pública nos termos do artigo 83 III da LC 75/93. Por derradeiro, indiscutível a importância da atuação assertiva e efetiva da Inspeção do Trabalho, através de seus Auditores Fiscais, na implementação da legislação protetiva, bem como na adoção de medidas acautelatórias de efeito imediato, como o

embargo e a interdição. Em suma, a atuação conjunta e sinérgica dos atores sociais e instituições estatais envolvidas.

O padrão normativo da Era Moderna foi edificado com base no pensamento do filósofo Parmênides, mas os novos tempos da pós modernidade contemporânea são de Heráclito, que apostou na constante mutação.

Neste contexto, a função promocional do Direito indica a necessidade de intensificar a atuação preventiva, formando uma nova mentalidade com o escopo de evitar a ocorrência da lesão, por considerar que assegurar meio ambiente equilibrado no local de trabalho constitui direito fundamental, albergado pela Constituição de 1988.

Por isso é preciso que o binômio dever ser/sanção, que previa a adoção de medidas meramente reparatórias, adote uma nova perspectiva, incorporando os princípios da precaução e da prevenção, que vão atuar como marcos de resistência, preservando o núcleo inalienável, que garante ao trabalhador a condição de sujeito, impedindo a precarização provocada pela lógica que o reduz a objeto de descarte, assim atuando como norte de um novo padrão normativo, a fim de preservar a funcionalidade do sistema jurídico e manter a eficácia do Direito na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Vida a crédito**: conversas com Citlali Roviroso Madrazo. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Senado Federal. Brasília, Disponível em: <http://www.imprensaoficial.com.br/PortalIO/download/pdf/Constituicoes_declaracao.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. Decreto 127, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 161, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, relativa aos Serviços de Saúde do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 maio 1991. Seção 1, p. 9780. Disponível em:

<<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=23/0legislativo86/&jornal=1&pagina=4&totalArquivos=72>>. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Decreto 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 30 set. 1994. Seção 1, p. 14819. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=30/09/1994&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=100>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. Decreto 7602, de 7 de novembro de 2011. Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 nov. 2011. Seção 1, p. 9. Disponível em: <<http://>

_____. Decreto Legislativo 86, de 14 de dezembro de 1989. Aprova os textos das Convenções 135 e 161 e rejeita a de 143, da Organização Internacional do Trabalho – OIT. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez. 1989. Seção 1, p. 23186. Disponível em: <<http://www.lex.ml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.legislativo:1989-12-14:86>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. Decreto Legislativo nº 2, de 17 de março de 1992. Aprova o texto da convenção 155, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, adotado em Genebra, em 1981, durante a 67 Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 mar. 1992. Seção 1, p. 3473. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=18/03/1992&jornal=18totalArquivos=80>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela coletiva em juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n.114, p. 18-30, dez. 2011.

CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Martins, 1940.

CLUBE da luta (Fight Club). Direção: David Fincher. Intérpretes: Brad Pitt; Edward Norton; Helena Boham Carter. Roteiro: Chuck Palahniuk. Adaptação: Jim Uhls. Música: Dust Brothers. Los Angeles: 20th Century Fox, 1999. Baseado no romance “Fight Club” de Chuck Palahniuk.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 35, jul./dez. 2009.

_____. *Fair play* nas negociações coletivas: rumo a um sistema normativo mais republicano. In: 7ª ILERA - *Regional Congress of the Americas* e 5ª IBRET - Instituto Brasileiro de Relações do Emprego e Trabalho. 2011, São Paulo. Anais... São Paulo: IBRET, 2011. Disponível em: <<http://www.ibret.org.br/ui/evento/anais/cdirca/trabalhos/2919.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falava Zaratustra**. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2006.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **O futuro que queremos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/com-campanha-o-futuro-que-queremos-onu-convida-sociedade-civil-a-participar-da-rio20/>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo: LTR, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

PROGRAMA das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em: <www.pnuma.org.br>. Acesso em: 10 nov. 2012.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROLDÁN, Omar Cairo. *Escritos Constitucionales: Communitas; Cuadernos Jurídicos*. Lima: Communitas, 2008. v. 1.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

DE ALGODÃO ENTRE OS CRISTAIS A PROTAGONISTA NA FORMAÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

Teresa Aparecida Asta Gemignani
Desembargadora do Tribunal Regional do
Trabalho da 15ª Região

RESUMO

O artigo trata da comemoração dos 70 anos da Justiça do Trabalho no Brasil e dos 25 anos de instalação do Tribunal Regional do Trabalho em Campinas. Ressalta que apesar de ter sido singelamente instituída como algodão entre os cristais, ao reconhecer o trabalhador como sujeito de direito e contribuir para melhor distribuição da renda no país, a Justiça do Trabalho foi além, passando a atuar como protagonista na formação de nossa nacionalidade. A judicialização da questão social abriu espaços para que o trabalho se tornasse importante via de acesso à cidadania e contribuiu para a edificação de uma nação mais justa, forte o bastante para alijar os nefastos resquícios do Estado patrimonialista, que sempre pretendeu sugar sua vitalidade.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho no Brasil. Formação da nacionalidade brasileira.

ABSTRACT

This article is about the celebration of the 70th anniversary of the Labour Court in Brazil, and of the 25th anniversary of the Regional Labour Court in the city of Campinas. It points out that, although it has been deemed simply as cotton among the crystals, the Labour Court was responsible for the recognition of workers as a legal agent, and the improvement of the wealth distribution in the country. Moreover, it has been acting as the main character in the construction of our nationality. The judicialization of the social disputes broadened the possibility that work becomes an important way to the citizenship and contributed for the constructions of fair nation, stronger than before so it could exclude the tragical characteristics of the Patrimonialist State, which always intended to extract its vitality.

Key words: Brazilian Labor Courts. Labour law. Legality. Nationalization.

1 INTRODUÇÃO

Decorridos 70 anos de instalação da Justiça do Trabalho no Brasil e 25 anos do Tribunal Regional do Trabalho em Campinas, necessário avaliar quais consequências e efeitos que tais fatos provocaram, não só no mundo do trabalho mas, também, na formação da nacionalidade brasileira, notadamente quanto ao aspecto institucional.

2 UM ESTADO PATRIMONIALISTA

Nas terras forradas de pau-brasil, em que se plantando tudo dava, o Estado português se instalou com força, antes que a nação brasileira tivesse a chance de iniciar seu processo de

formação. Aqui, seguiu a trilha do *ancien regime* e se apresentou “personalista e patrimonialista”, marcado pela privatização do espaço público, em que a sobrevivência do indivíduo dependia das benesses e da outorga dadivosa de um rei generoso e protetor de súditos e vassallos, senhor da vida e da razão, que assim exercia uma judicatura claudicante. A linguagem oficial da norma, ao se pautar pelo estilo barroco, gongórico e rococó, fazia questão de não ser compreendida pela maioria da população, para assim garantir o controle de acesso nas mãos de poucos e dissimular sua real finalidade, que consistia em “persuadir, intimidar” como explica Lopes (2008)

Como o Brasil é um país de dimensões continentais, esse controle se esmaecia nos rincões mais distantes, de modo que sua sobrevivência dependia da aliança com o poder privado dos senhores que tinham o domínio local, provocando uma explosiva “simbiose entre a autoridade formal e o poder ou mandonismo particular” que lhe dava sustentação. Para a doutrina patrimonialista pouco contavam o esforço e a capacidade de trabalho. Pelo contrário, era um demérito ter que trabalhar para sobreviver, pois significava falta de engenho e arte. Muitos se gabavam de que em suas famílias não se trabalhava há várias gerações. Outros consideravam que o rendimento recebido pelo exercício de um cargo público era “um acessório de honra e não a remuneração do trabalho”. Por isso, esclarece Lopes (2008, p. 213), para “se qualificar ao exercício do cargo, não contava a competência técnica, mas a nobreza, a fidelidade, a limpeza de sangue”, como demonstraram as cartas de doação das capitanias hereditárias no Brasil.

No patrimonialismo não existe o cidadão. As relações são de soberano para súdito, de “chefe para funcionário” como destacou Faoro (2000, p. 22; 75, 96 - 97), ao enfatizar que a “lógica das leis e das decisões estava longe da impessoalidade e da igualdade”, submetida ao arbítrio do príncipe que, ornado por uma “auréola carismática que encanta e seduz”, podia alterar “o regime jurídico de acordo com sua conveniência”, num reino em que todos se tornam dependentes de sua augusta vontade.

O Direito Privado nasceu com os olhos postos na defesa da propriedade, ressaltando Lopes (2008, p. 314) ser notável:

influência da doutrina alemã entre os privatistas. Mais notável ainda, porque já para os europeus a doutrina alemã era considerada conceitualista: transplantada para o Brasil, tornava o direito o objeto de conhecimento de poucos, como poucos eram os que formavam as classes superiores [...] a presença do Estado e do direito no país era muito desigual, geográfica e socialmente. O Estado e a lei chegavam apenas lentamente a certos pontos e a certos grupos. Há naturalmente, a massa de escravos, ao lado da qual existe a massa dos homens livres e pobres, que não podem ser eleitos e, portanto, não chegam eles mesmos ao Estado.

A abolição da escravatura aumentou o contingente de “livres e pobres” que, por não terem propriedade, permaneciam alijados do sistema jurídico. Aquele que, desafortunadamente, tivesse que trabalhar para sobreviver, não podia ser cidadão.

3 FILHOS BASTARDOS

Neste contexto, o transplante do ordenamento legal e do modelo estatal português atuou como uma “imposição de instrumentos jurídicos protetivos das estruturas concentradoras”, notadamente porque o tipo de ocupação, como a que ocorreu no Brasil, tinha o objetivo claro de “extrair a renda e garantir sua apropriação por um grupo bastante restrito de pessoas”. Os textos legais atuavam no cerne dessa operação. Foram editados tantos decretos, leis, e outros atos normativos oficiais, quantos necessários para viabilizar a organização e drenagem de recursos. Assim crenças, cultura e valores sociais foram sendo moldados por essa estratégia de ocupação, traduzida nos decretos de concessão de poderes e nomeações oficiais feitas pelos monarcas, como esclarecem com percuciência Salomão; Mello Ferrão; Ribeiro (2008). Ao estudar as origens estruturais da manutenção dos níveis de pobreza no Brasil e constatar os perniciosos efeitos provocados pela injusta distribuição de renda, concluíram que quando ocorre a “menor drenagem de recursos entre os setores da economia, associada a uma menor capacidade de monopolização do mercado de trabalho” os níveis de desigualdade e de pobreza diminuem.

Nesse sentido também caminhou o pensamento de Furtado (2000, p. 51), ao analisar como o desenvolvimento dependia do amadurecimento do mercado doméstico, formado pela contribuição expressiva da melhor distribuição de renda.

O estado de menoridade institucional, a que estava sujeito aquele que não era detentor de propriedade e tinha que trabalhar para sobreviver, se manteve também nos primórdios do século XX, pois a proclamação da República, como ato deliberativo de uma minoria, ocorreu à margem da nação, que pouco soube ou nada entendeu.

Ao discorrer sobre as primeiras décadas do regime republicano, Lessa (2011) explica que a percepção da necessidade de implementar a formação da nacionalidade brasileira encontrou ecos no pensamento de Oliveira Vianna (*apud* LESSA, 2011), “para quem nossa invertebração social inviabilizava a modernidade à moda europeia, fundada em tradições cívicas e solidárias, supostas imemoriais. Aqui, ao contrário, o País deveria ser constituído a partir de atos de demiurgia política, pela ausência de lastro cívico e social significativo”.

O Direito Privado continuou a proteger interesses patrimoniais de poucos, enquanto levas de trabalhadores europeus aportavam ao Brasil, tangidos pela miséria provocada pela guerra. A capacidade de trabalho demonstrada pelos que sabiam lavrar a terra, aos poucos, revelou que, longe

de se constituir num demérito, o trabalho produzia riqueza, assim evidenciando sua força como motor de um novo modelo de desenvolvimento, abalando os pilares do antigo sistema. A chegada de Getúlio Vargas ao poder fecha o ciclo da hegemonia agrário-exportadora e abre caminhos para uma nova estrutura produtiva de base urbano-industrial, que passa a questionar o poder do Estado patrimonialista e começa a ampliar os espaços institucionais necessários para a formação de uma nação brasileira, pautada por um projeto democrático-republicano, o que se revestiu de inequívoca importância pois, como bem pondera Nogueira (2004, p. 102), é no “âmbito do projeto democrático que se põe efetivamente a questão da sociedade civil. Fora daí, ela não faz muito sentido ou, o que dá no mesmo, tem um sentido estreito e limitado”.

Neste contexto, o Direito do Trabalho surge como via de inclusão dos não-proprietários ao sistema jurídico. Oferece meios para transformá-los em cidadãos, mediante a inovadora proposta de imbricar critérios de justiça comutativa com justiça distributiva, o que para a poca soava como heresia, pois quebrava os cânones tradicionais ao se apresentar como um direito híbrido, abarcando institutos tanto de direito privado como de direito público.

Pontua Lopes (2008, p. 11; 12; 358) a importante contribuição de Oliveira Vianna ao sustentar que “para enfrentar o problema do coronelismo” e garantir a liberdade do indivíduo frente aos poderosos do local, nada substituiria o Poder Judiciário”. Ressalta que a história jurídica do Brasil registra o debate ferrenho travado entre Oliveira Vianna e Waldemar Ferreira, “cujo liberalismo não permitia aceitar uma justiça do trabalho e nem um direito do trabalho fora dos padrões de direito privado”, considerados pelos juristas da época “filhos bastardos”, nascidos fora das regras-modelo então postas pelo ordenamento, mas que tinham que ser tolerados sob pena de a insurgente questão social sair do controle.

Premida pela urgência de ter que decidir conflitos de subsistência de um ser humano concreto e situado num determinado entorno social, político e econômico, desde o início a Justiça do Trabalho focou no substantivo, rejeitando a linguagem jurídica tradicional da época, recheada de filigranas e adjetivos.

Por isso, esclarece Lima Lopes (2008, p. 359), os “professores de direito tinham dificuldade de compreender os novos tempos e os novos institutos” deste direito que, não só trazia o conflito coletivo para a arena jurídica, mas também propugnava pelo reconhecimento da pessoa que trabalhava como sujeito de direitos, e não somente de obrigações como ocorria até então, apresentando uma nova equação jurídica que punha em xeque o modelo patrimonialista.

4 ALGODÃO ENTRE OS CRISTAIS

Em 1941, a Justiça do Trabalho foi instituída para atuar, singelamente, como algodão entre os cristais, a fim de impedir que os choques provocados pelos conflitos entre empregados e empregadores quebrassem a normalidade da vida institucional que começava a se estabelecer. Entretanto, exatamente por isso, desde sua gênese, se pautou por um procedimento dialógico, comprometida com o direito vivo e a primazia da realidade, rejeitando as livrescas formulações teóricas de empolados institutos jurídicos importados, que nada tinham a ver com o cotidiano do mundo do trabalho. Daí a plêiade de reações contrárias que sempre provoca, até hoje. Tratar administrativamente a questão social até que podia. Agora, querer atuar como órgão do Poder Judiciário, aí era demais para os puristas da dogmática.

A par dos debates que sempre cercaram o surgimento da Justiça do Trabalho no Brasil, alguns bem pejorativos, restou inequívoco que, por sua simplicidade, desde o início esteve mais perto do cidadão. Além disso, atuou *avant la lettre* nos procedimentos adotados para implementar a celeridade e a objetividade, privilegiando a oralidade, adotando linguagem menos rebuscada e mais compreensível; um português “mais brasileiro”, o que facilitava a composição dos interesses em conflito.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL

Ao estudar o período inicial de judicialização da questão social trabalhista, o professor Souza (2007), constatou que a “lei funcionava positivamente a grupos de trabalhadores ou a indivíduos isolados. Dotados ou não de conhecimentos jurídicos, amparados ou não por advogados, muitos trabalhadores perceberam na legislação trabalhista, como instância jurídica específica das relações de trabalho, o surgimento de uma arena de luta”

Destarte, com a judicialização da questão social, a Justiça do Trabalho abre as portas para a inclusão jurídica daqueles que até então não eram sujeitos de direitos, por não ostentarem a condição de proprietários. Ao acolher os que eram mantidos fora do sistema, passa a atuar como verdadeira indutora do parto de uma nacionalidade genuinamente brasileira. Instituída, outrora, como algodão entre os cristais, supera a condição de mediadora de conflitos para atuar, agora, como protagonista importante na formação da nacionalidade brasileira.

Nestes 70 anos de atuação, além de resolver conflitos trabalhistas e contribuir de maneira significativa para a pacificação social, resultados que em muitos países só foi obtido com o uso da força em revoluções e guerras civis, a Justiça do Trabalho tem atuado de forma assertiva na distribuição mais equilibrada da renda produzida. Em consequência, o país amplia o número de

detentores do poder aquisitivo necessário para fortalecer a demanda doméstica e o mercado interno, impulsionando o desenvolvimento.

Além disso, acreditando no poder transformador do direito, como já apregoava Ihering(2004), durante todo o século XX sempre esteve empenhada na luta pelo reconhecimento do trabalho como amálgama eficiente para a formação da nossa nacionalidade, fornecendo o suporte jurídico necessário para preservar a dignidade do trabalhador como pessoa, a fim de garantir a ocorrência de um desenvolvimento sustentável, para tanto solidificando os marcos institucionais que vão dar forças à nação brasileira para superar o (ainda) resiliente Estado patrimonialista.

6 O TRABALHO COMO VALOR REPUBLICANO

Um sistema inicialmente estruturado para garantir apenas a igualdade contratual dos contratantes, quando desafiado a reconhecer como sujeito de direito o trabalhador, que não se encaixava nesta situação jurídica, dá um passo enorme para a formação de uma sociedade mais justa, cuja característica é “tornar a democracia genuína, inclusiva” como enfatiza Galbraith (1996).

E mais. A atuação da Justiça do Trabalho produziu efeitos que ultrapassaram a relação contratual entre as partes envolvidas diretamente no conflito. Gerou consequências na vida econômica do país, ao garantir uma melhor distribuição de renda pelo exercício do trabalho, abrindo caminhos para a edificação de uma nacionalidade comprometida com o objetivo de assegurar o desenvolvimento como liberdade, na feliz expressão de Sen (2000, p. 336-337). Ao constatar que o crescimento podia ocorrer às custas da concentração de renda, aumentando os níveis de pobreza, e verificar como as instituições sociais contribuem “para o processo de desenvolvimento precisamente por meio de seus efeitos sobre o aumento e a sustentação das liberdades individuais”, o economista indiano propõe a superação do antigo critério baseado na medição pela variação do PIB. Passou a atribuir significativa importância à redução da pobreza e da desigualdade social para aferir a real ocorrência do desenvolvimento, por considerar que a “formação de valores e a emergência e a evolução da ética social são igualmente partes do processo”, notadamente porque o “desenvolvimento é realmente um compromisso muito sério com as possibilidades de liberdade”. Neste propósito, atuou a Justiça do Trabalho, contribuindo como protagonista para que a nação pudesse alcançar uma patamar mais próspero e coeso.

Nestes 70 anos a Justiça do Trabalho teve altos e baixos. Sofreu com a ameaça de extinção, logo abortada quando se percebeu a enorme lacuna que deixaria, com o risco de ruptura do equilíbrio social necessário para a manutenção da vida democrática. Com a promulgação da Emenda Constitucional 45, no início do século XXI, teve sua competência ampliada de forma

significativa e seu protagonismo institucional aumentou, por se reconhecer que cada vez mais tem atuado com assertividade não só para garantir os processos emancipatórios do trabalhador, mas também para assegurar o fortalecimento dos marcos necessários à formação de uma nação independente, centrada no trabalho como valor republicano, conferindo-lhe musculatura institucional e urdindo uma tessitura forte o bastante para libertar a nação das garras de um Estado patrimonialista que, embora tivesse permanecido todo o tempo na soleira, à espreita de uma oportunidade de voltar à cena, nos últimos anos vem perdendo espaços importantes.

Deste modo a nação brasileira vai tomando corpo, fazendo valer o que está posto com todas as letras na Carta Cidadã de 1988, classificada por Canotilho (2003, p. 53) como constituição dirigente, em relação à qual “não há dúvida nenhuma de que o que está subjacente é uma ideia de narrativa emancipatória”, ao estabelecer entre seus princípios fundantes a centralidade do trabalho como passaporte para a inclusão daqueles que anteriormente estavam alijados da cidadania, ora revigorado pelas vozes que advogam a implementação do 3º Pacto Republicano.

7 A INTERIORIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

A comemoração do Jubileu de Prata do Tribunal do Trabalho de Campinas, neste mesmo ano, não pode ser interpretada como mera coincidência, notadamente porque esse Regional, único que não é sediado numa capital, tem se notabilizado por uma atuação profícua, voltada para impulsionar o desenvolvimento sustentável no interior do Estado de São Paulo. Com jurisdição sobre vasto território, que abrange 599 municípios com população aproximada de 20 milhões de pessoas, atua na solução de complexos conflitos, pautados por uma atividade econômica diversificada, que inclui desde pequenas empresas até grandes conglomerados de grupos econômicos urbanos e rurais, sem contar a pujança do setor de serviços, assim contribuindo para a estabilidade social e oferecendo respostas para o eterno dilema da garantia do exercício da liberdade no mundo do trabalho.

8 CONCLUSÃO

Ao concretizar a judicialização do que se apresentava como questão social, a Justiça do Trabalho impulsionou, pelas vias institucionais, grandes avanços na formação da nossa nacionalidade, o que, em muitos países, só se tornou possível após revoluções e guerras civis. Com serenidade e firmeza conseguiu que, do lugar de desdouro que o confinava à marginalidade, o trabalho passasse a figurar na centralidade do sistema, assim inserido expressamente no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios fundantes da nossa república.

O que se comemora nestes 70 anos é o empenho da nossa Justiça e, nos últimos 25 anos do Tribunal de Campinas, em lutar pela valorização do trabalho como passaporte de inclusão jurídica e via de acesso à cidadania, a fim de superar as condições de barbárie e garantir a emancipação civilizatória daquele que trabalha, assim moldando uma nação forte o bastante para alijar os nefastos resquícios do Estado patrimonialista, que sempre pretendeu sugar sua vitalidade.

Não é pouca coisa.

REFERÊNCIAS

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1. Publifolha.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Publifolha, 2000.

GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa**: uma perspectiva humana. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**: Clássicos do Direito. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LESSA, Renato. As aventuras do Barão de Munchausen. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 3 jul. 2011. Suplemento Aliás. pág. J5.

LOPES, José Reinaldo de Lima - **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto; MELLO FERRÃO, Brisa Lopes de; RIBEIRO, Ivan César. **Concentração, estruturas e desigualdade**: as origens coloniais da pobreza e da má-distribuição de renda. São Paulo: Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento – IDCID , 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. Revisão Técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Samuel Fernando de. **Coagidos ou subornados**: trabalhadores, sindicatos, Estado e as leis do trabalho nos anos 1930. 2007. Tese (Doutorado em História) - Instituto de Filosofia. Universidade de Campinas – Unicamp, Campinas, 2007.

ACÓRDÃOS

ACÓRDÃO

PROC. Nº 0002600-23.2011.5.13.0001

Recurso ordinário

RECORRENTEs:

BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A., SUÊNIO POMPEU DE BRITO E DEONITA ANTUZIA DE SOUZA ANTUNES

RECORRIDOS:

OS MESMOS E RAFAELA SILVEIRA DA CUNHA ARAÚJO, JÚLIO CÉSAR LIMA DE FARIAS, LEANDRO MOREIRA PITA, BRUNO CARNEIRO RAMALHO, WILLIAM ALVES BEZERRA, HOANA MARIA ANDRADE TOMAZ, ALTINO ELIZEU BEZERRA DA COSTA NETO, VINÍCIUS ARAÚJO DA SILVA, RENATO ANTÔNIO VARANDAS NOMINANDO DINIZ, PAULO FRANCISCO DE ANDRADE JÚNIOR e JOÃO BATISTA RAMALHO DE LIMA

E M E N T A:

RECURSO DOS LITISCONSORTES PASSIVOS: CONCURSO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO INTERNA ENTRE OS APROVADOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSAS AO POSSÍVEL DIREITO DOS DEMAIS CLASSIFICADOS EM POSIÇÕES SUPERIORES AOS RECLAMANTES. CONDIÇÃO DE RÉUS. INCOERÊNCIA. EXCLUSÃO. Hipótese em que um grupo de quatro candidatos aprovados em concurso para o emprego de advogado, realizado por sociedade de economia mista, tenta obter o reconhecimento do direito à contratação, ante a existência de vagas reveladas, pelo fato de estarem sendo contratadas sociedades advocatícias para a mesma função. O exame dos autos revela que a lide não repousa em preterição interna entre os candidatos aprovados, mas, sim, entre estes e o banco demandado. Os autores da ação não pretendem angariar privilégios e atropelar a ordem de classificação no concurso. As vagas declaradas na sentença, dezesseis ao todo, abrangem não só as posições obtidas pelos reclamantes na classificação geral, mas também aqueles que figuram como litisconsortes passivos, não havendo nenhum sentido prático para que estes permaneçam como réus no provimento condenatório. Na verdade, os reclamantes e os demais candidatos aprovados no concurso, classificados em posições superiores, e cuja ordem de classificação se conforma ao número de vagas, têm uma mesma aspiração, partilham uma mesma realidade, veem no proceder do banco reclamado uma atitude antijurídica. Alguns deles já não têm interesse de ser contratados pelo banco, por terem sido nomeado para outras funções públicas. Outros já apresentaram ações próprias, para cuja elaboração contaram, inclusive, com o auxílio dos autores, sendo incoerente a sua condição de reclamados. Quando muito, deveriam ser considerados como assistentes litisconsorciais ativos, apenas para observar o desenvolver da demanda e atuar de forma harmônica com os autores, mas não em situação antagônica a estes. Todas essas reflexões conduzem contundentemente à necessidade de que se introduza um devido ajuste na condenação – melhor ainda, no processo –, de modo que sejam excluídos do litígio todos os litisconsortes passivos, por uma questão de justiça e equidade, e também porque, repita-se, a sua figuração no pro-

vimento condenatório não apresenta nenhum sentido prático. Recurso provido.

RECURSO DO RECLAMADO: CONCURSO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS E SOCIEDADE ADVOCATÍCIAS POR MEIO DE LICITAÇÃO. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. OFENSA AOS VALORES DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Sobressai dos autos, como circunstância incontroversa, que a sociedade de economia mista reclamada tem seu pessoal organizado em quadro de carreira, abrangendo a categoria funcional de advogado, para a qual realizou concurso de formação de reserva em 2010. Diante dessa realidade, traduz-se em atitude manifestamente lesiva aos valores talhados no art. 37 da Constituição Federal a contratação de advogados e sociedades advocatícias mediante processo de licitação, em detrimento do direito dos candidatos aprovados no certame. As contratações existem desde 2006, o que deixa evidente que os serviços de assessoramento jurídico e acompanhamento processual inserem-se no conceito de atividade permanente, com necessidade crescente, sendo irrefutável a conclusão de que, no âmbito da instituição, há necessidade de preenchimento das vagas para o emprego de advogado. O comportamento do banco representa golpe letal aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa. A sociedade de economia mista, assim como os demais entes e órgãos do Poder Público, têm a prerrogativa de organizar-se e decidir quando devem realizar concurso para a formação do chamado cadastro de reserva, visando ao preenchimento de vagas que venham a surgir futuramente. Uma vez aprovado no certame, o candidato tem mera expectativa de direito, porque, mesmo com o surgimento da vaga, cabe à entidade decidir quando lhe é conveniente preenchê-la. Mas se o ente dá sinais de que há necessidade do preenchimento, mantendo contratos de serviços com terceiros, por longos períodos, a expectativa dos aprovados convola-se em direito certo à nomeação, conforme já assentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Sendo esta a situação jurídica que ocorre no caso em exame, tem-se por incólume o entendimento firmado em primeira instância, com a declaração de empregos vagos e a determinação para que o banco reclamado proceda à contratação dos autores. Recurso não provido.

Vistos etc.

Trata-se de Recursos Ordinários, oriundos da 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, interpostos na Reclamação Trabalhista ajuizada por RAFAELA SILVEIRA DA CUNHA ARAÚJO, JÚLIO CÉSAR LIMA DE FARIAS, LEANDRO MOREIRA PITA e BRUNO CARNEIRO RAMALHO em face do BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A., em que tam-

bém figuram como reclamados WILLIAM ALVES BEZERRA, SUÊNIO POMPEU DE BRITO, HOANA MARIA ANDRADE TOMAZ, ALTINO ELIZEU BEZERRA DA COSTA NETO, VINÍCIUS ARAÚJO DA SILVA, DEONITA ANTUZIA SOUZA ANTUNES, RENATO ANTÔNIO VARRANDAS NOMINANDO DINIZ, PAULO FRANCISCO DE ANDRADE JÚNIOR e JOÃO BATISTA RAMALHO DE LIMA.

O Juízo de origem, acolhendo o pedido contido na inicial, declarou a existência de dezesseis empregos públicos vagos, no quadro do BNB, no âmbito geográfico da Paraíba, e determinou à referida entidade que encete o procedimento de contratação dos reclamantes, mediante a exibição dos documentos listados no item 13 do Edital do Concurso 01/2010 (art. 832, § 1º, da CLT), respeitada a ordem de classificação no certame, no prazo de quarenta e cinco dias, contados da ciência do ato decisório, sob pena de pagamento de astreintes, arbitradas em R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia para cada um dos demandantes (Seq. 114).

Os litisconsortes DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES e BNB opuseram Embargos de Declaração (Seq. 131 e 134), que foram rejeitados mediante sentença constante do Seq. 130.

Inconformada, DEONITA ANTUZIA DE SOUZA interpôs Recurso Ordinário, alegando que a sua figuração no polo passivo, assim como a dos demais aprovados, afronta o direito material discutido na ação, mormente porque nela não se discutem aspectos atinentes à pontuação ou classificação no concurso ou mesmo a homologação do resultado. Ressalta que o seu direito à ordem de classificação está assegurado constitucionalmente e que a inserção de sua condição no polo passivo deveria ocorrer somente após ser notificada para manifestar o intento de figurar no polo ativo, pois seus interesses convergem com a pretensão dos reclamantes. Sustenta que o ordenamento jurídico brasileiro resguarda a necessidade de observância da ordem de classificação no concurso público, enfatizando que o julgador, embora tenha acertado em reconhecer a ilegalidade das constantes contratações realizadas pelo BNB, equivocou-se ao criar, dentro de um concurso válido, uma nova lista de nomeações, ferindo a ordem de classificação já homologada, e que não constitui objeto de impugnação. Requer, ao final, o acolhimento de suas razões, a fim de que a decisão seja parcialmente reformada, determinando-se a nomeação dos reclamantes de acordo com a ordem de classificação obtida no concurso público, sob pena de configuração de nulidade (Seq. 212).

O litisconsorte passivo SUÊNIO POMPEU DE BRITO também interpôs Recurso Ordinário, suscitando, preliminarmente, a nulidade parcial da sentença, sob a ótica de que o pronunciamento jurisdicional extrapola os limites objetivos da demanda, ao determinar que o BNB proceda à contratação dos reclamantes independentemente da ordem de classificação dos candidatos aprovados em posição superior no certame. Salienta que em nenhum momento foi aventada, pelos recorridos, a possibilidade de passarem à frente dos outros candidatos que obtiveram melhor colocação. Também suscita a nulidade do processo sob o argumento de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, falta de cooperação processual e desrespeito ao princípio da não surpresa. Assevera, para tanto, que os candidatos inseridos na ação como réus não tiveram oportunidade de se manifestar sobre a preterição na ordem de classificação, tema somente abordado na sentença. Em uma terceira investida prefacial contra a higidez da sentença, o recorrente requer a declaração de nulidade em virtude de não terem sido chamados para responder ao litígio todos os advogados e sociedades de advogados que mantêm contrato com o BNB, cuja validade jurídica foi desconhecida na sentença. No mérito, sustenta que a decisão inverteu a ordem classificatória do concurso, ferindo, de uma vez, todos os princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, em

especial a impessoalidade, a legalidade e a eficiência, além de ir contra o Princípio Democrático, que constitui fundamento da República Federativa do Brasil. Destaca que a jurisprudência invocada na sentença não se amolda ao caso, eis que produzida em situação completamente diversa. Requer, assim, caso não sejam acolhidas as preliminares de nulidade, que seja restabelecido o devido processo legal, retirando-se da sentença o excesso concedido além dos limites do pedido, mantendo-se apenas o que foi requerido na inicial, ou seja, a contratação dos reclamantes, respeitada a ordem de classificação no certame. Pugna, ainda, que seja imposta a proibição de preterição de sua ordem classificatória, com fundamento nas regras e princípios constitucionais da Administração Pública e no princípio Democrático. Apresenta declaração de pobreza, requerendo a concessão do benefício da Justiça Gratuita (Seq. 223).

O BNB também recorre da sentença, arguindo, preliminarmente, a incompetência da Justiça do Trabalho para dirimir a lide, valendo-se, como paradigma, da decisão proferida nos autos da Reclamação Trabalhista n. 00600.2011.001.13.00-4. Enfatiza a necessidade de que não sejam conferidas decisões conflitantes para uma mesma situação, em respeito ao princípio da segurança jurídica. Afirma que a ação visa apenas à proteção de um direito em potencial à contratação, tratando-se de questão de natureza pré-contratual, que escapa à análise do Judiciário Trabalhista. Quanto ao mérito, investe contra a fundamentação da sentença, acenando, em síntese, com os seguintes argumentos: (1) a sua condição é a de entidade participante da Administração Pública Federal Indireta, exploradora de atividade econômica, dotada de personalidade jurídica de direito privado, estando autorizada, assim, e em razão da dinâmica mercadológica e do aumento considerável de inadimplentes, a firmar contratos com advogados e escritórios para lhe prestar auxílio na condução de processos judiciais, em conjunto com os advogados concursados, sem que isto represente burla ao ordenamento jurídico; (2) os serviços prestados pelos advogados contratados por licitação inserem-se no conceito de atividade-meio, de modo que a contratação não pode ser tida ilícita e nem fundamentar o direito dos reclamantes à nomeação; (3) os advogados integrantes de seu quadro têm atribuições mais abrangentes, jungidas à missão institucional, de forte natureza jurídico-administrativa, atuando em nicho distinto daqueles que são contratados mediante licitação; (4) a sua estrutura, que abrange 181 agências espalhadas em diversos estados, exige a necessidade de muitos advogados, diante do excesso de demandas judiciais, circunstância que justifica plenamente a contratação; (5) há limitações orçamentárias, físicas, jurídicas e administrativas ao direito defendido pelos reclamantes, que foram aprovados para o preenchimento de cadastro de reservas, não existindo obrigatoriedade de contratação; (6) a contratação temporária de advogados, por meio de licitação, tem respaldo na lei, na doutrina e na jurisprudência, além de encontrar plena justificativa no interesse público e de ter sido chancelada em decisões da Justiça Comum Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Ao final, pugna pela improcedência dos pedidos e, em consequência, requer a revogação do mandado de cumprimento de obrigação de fazer imposta na sentença (Seq. 227).

Apresentados os comprovantes de recolhimento das custas processuais e do depósito recursal (Seq. 228/229).

Os reclamantes apresentaram contrarrazões ao recurso da litisconsorte passiva DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES, suscitando a preliminar de não conhecimento, por absoluta falta de utilidade do remédio processual, diante do expresse reconhecimento do direito debatido em juízo, por parte da recorrente. Apontam inconsistências nos argumentos da recorrente que também constituiriam óbice ao trânsito do recurso. No mérito, afirmam ser descabidos os

fundamentos trilhados na petição recursal acerca da inexistente quebra na ordem de classificação. Em reforço ao direito reconhecido na sentença, sustentam que os litisconsortes WILLIAM ALVES BEZERRA, SUÊNIO POMPEU DE BRITO, HOANA MARIA ANDRADE TOMAZ, RENATO VARANDAS NOMINANDO DINIZ e JOÃO BATISTA RAMALHO DE LIMA não compareceram à audiência de instrução e não apresentaram defesa, recaindo sobre eles os efeitos da revelia. Acrescentam que a decisão não implica nenhuma ofensa à ordem de classificação e que não têm nenhuma intenção de prejudicar a apelante, sendo desejo comum que venha a ser assegurada a contratação de todos aqueles que tiveram alijado o direito à nomeação, em virtude do ilícito praticado pelo BNB (Seq. 231).

Em petição de contrarrazões constante do Seq. 232, os reclamantes rebatem as questões preliminares suscitadas pelo litisconsorte SUÊNIO POMPEU DE BRITO, afirmando não ser o caso de nulidade da sentença. No mérito, reiteram as considerações aventadas na petição anterior, no que tange à revelia do recorrente (Seq. 232).

Nas contrarrazões dirigidas ao recurso do BNB, os reclamantes refutam a prefacial de incompetência da Justiça do Trabalho para dirimir a lide, fazendo-o sob a inspiração de recentes julgados do TST acerca de questões pré-contratuais. No mérito, revisitam os argumentos iniciais e combatem as justificativas apresentadas pelo banco em defesa da legalidade dos contratos de terceirização de advogados. Asseveram que no Estado de Direito, é inadmissível que o candidato a vaga pública faça a sua parte e a instituição recorrente decida realizar contratações precárias, desmerecendo o direito subjetivo dos aprovados. Pugnam, ao final, pela manutenção do julgado (Seq. 233).

O reclamante LEANDRO MOREIRA PITA, em petição individual dirigida ao Juízo de origem, pede que os efeitos da decisão lhe sejam suspensos até o trânsito em julgado, diante do fato de ter assumido emprego na CHESF, para o qual também havia prestado concurso (Seq. 253).

Pedido deferido (Seq. 256).

Cópia de decisão liminar na Ação Cautelar n. 0048800-91.2011.5.13.0000, proferida por este Relator, conferindo efeitos suspensivos ao Recurso Ordinário do BNB e determinando, em consequência, a sustação do cumprimento imediato da obrigação de fazer estabelecida na sentença (Seq. 259).

O reclamado BNB apresentou contrarrazões aos recursos interpostos por DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES e SUÊNIO POMPEU DE BRITO, reiterando o seu ponto de vista sobre a incompetência da Justiça Especializada. No mérito, afirma que os argumentos contidos no recurso são estéreis, não havendo que se cogitar na observância da ordem de classificação no concurso, pois este foi feito para a formação de cadastro de reservas, além de não haver previsão orçamentária para a contratação, nem dos autores nem dos recorrentes (Seq. 284).

Os demais litisconsortes passivos não apresentaram contrarrazões.

Cópia de decisão proferida em sede de Agravo Regimental, mediante a qual a 2ª Turma revogou a medida liminar anteriormente concedida em Ação Cautelar, afastando o efeito suspensivo do Recurso Ordinário interposto pelo reclamado BNB e restabelecendo, assim, a antecipação da tutela deferida na sentença (Seq. 311).

A hipótese não se insere entre aquelas que impõem a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, conforme as disposições regimentais.

É o relatório.

VOTO

QUESTÕES PRELIMINARES

1. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DO BNB

O recurso do reclamado BNB atende aos requisitos legais de admissibilidade. Dele conheço.

2. INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO (SUSCITADA PELO RECORRENTE BNB)

Questão primordial a ser tratada na análise que ora se inicia diz respeito à incompetência material da Justiça do Trabalho para dirimir a lide, renovada nas razões recursais do BNB.

Razão não assiste ao recorrente.

A matéria controvertida assenta-se em possível direito dos reclamantes à contratação por sociedade de economia mista, entidade que, por força de expressa disposição constitucional, submete-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas (art. 175, inciso II).

Ainda que o litígio envolva questões pré-contratuais e que inexistam relação de trabalho concreta entre as partes, não há que se cogitar de incompetência, pois a raiz da pretensão é fincada em campo material que orbita no âmbito de atuação da Justiça Especializada (CF, art. 114).

A esse respeito, convém transcrever a jurisprudência que vigora no âmbito do TST:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar pedido relacionado a período pré-contratual, decorrente da não convocação de aprovados em concurso público realizado por sociedade de economia mista estadual. Exegese do Artigo 114 da CF/88. Recurso de revista não conhecido. (RR 758787-11.2001.5.12.5555, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DJ 03/12/2004)

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO - FASE PRÉ-CONTRATUAL. O fato de o pedido versar sobre convocação de candidato aprovado em concurso público, realizado pela Petrobras, sociedade de economia mista, questão relativa à fase pré-contratual, não retira a legitimidade desta Justiça para examiná-lo. A Emenda Constitucional 45/2004 atribuiu a esta Justiça competência para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A relação de trabalho, em sua constituição sistemática, divide-se em três fases distintas: Fase Pré-Contratual, Fase da Execução do Contrato e Fase Rescisória ou Pós-Contratual. Conforme leciona Campos Batalha, "tudo quanto se relacione com o contrato de trabalho, quer tenha havido, quer não tenha havido

prestação de serviços, está sujeito à jurisdição especial, como também a fase pré-contratual - as consequências do pré-contrato não cumprido - (p. ex., empregados contratados no exterior que não são admitidos a emprego quando chegados ao País), e a fase ultracontratual (p. ex., complementação de aposentadoria e hipóteses análogas)."(in Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, vol. I, 3ª Ed., Editora Ltr, SP, 1995, p. 340). Trata-se de situações que, embora antecedentes ou posteriores à efetiva formalização do contrato de emprego ou da relação de trabalho propriamente dita, geram efeitos jurídicos (art. 422 do Código Civil), daí por que, ainda que digam respeito a ato administrativo, não transmudam a natureza trabalhista do litígio. Nesse contexto, e considerando que a relação futura do candidato será regida pela CLT, não se mostra razoável atribuir à Justiça comum competência para exame do feito. Intactos, pois, os artigos 114 da Constituição Federal e 113, § 2º, do CPC. Recurso de revista não conhecido. (RR 87800-04.2009.5.07.0011, Relator Ministro Milton de Moura França, 4ª Turma, DJ 18/11/2011).

O direito vindicado traz, em si, a potencialidade de surgimento de uma relação de natureza empregatícia, sendo da Justiça do Trabalho, e somente dela, a competência para dizer sobre a procedência ou não da pretensão formulada pelos autores.

No que tange à decisão proferida nos autos da Reclamação Trabalhista n. 00600.2011.001.13.00-4, indicada pelo recorrente como reforço do argumento de incompetência, sob a preocupação de que não coexistam decisões conflitantes, convém ressaltar que a referida sentença foi reformada por esta Turma Julgadora, em julgamento ocorrido no dia 29.11.2011, do qual resultou o acórdão assim ementado:

COMPETÊNCIA MATERIAL DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS. A Justiça do Trabalho é competente para julgar ação relacionada a período pré-contratual, decorrente da não convocação de aprovados em concurso público realizado por Sociedade de Economia Mista. Tratando-se de matéria eminentemente ligada à seara trabalhista, a teor do disposto no artigo 114 da Constituição Federal, não há que se falar em incompetência material desta Justiça Especializada (Relator Des. Eduardo Sérgio de Almeida, DJ 07.12.2011).

Portanto, se há necessidade de uniformização de entendimentos, tal aspecto aponta em sentido diametralmente oposto ao pretendido pelo banco.

Isto posto, rejeito a preliminar.

3. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA LITISCONSORTE PASSIVA DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES (SUSCITADA PELOS RECLAMANTES)

Os reclamantes, em sua petição de contrarrazões, afirmam que o recurso apresentado pela litisconsorte passiva não pode ser admitido, por ser destituído de utilidade. Ressaltam que a recorrente, ao apresentar defesa, reconheceu expressamente o pedido contido na inicial, não havendo sentido para a impugnação apresentada no recurso, a qual, em sua ótica, encontra-se imersa em preposições inconsistentes.

Razão não lhes assiste.

A despeito da aparente convergência de interesses nas manifestações apresentadas pelos autores e pela recorrente, que foi inserida na lide na condição de litisconsorte passiva, a verdade é que ela figura, no dispositivo da sentença, em condição antagônica ao polo ativo, único beneficiário da decisão.

De um modo ou de outro, o Juízo entendeu que a recorrente deve suportar os efeitos da condenação, circunstância suficiente para legitimar a sua insurgência por meio do remédio recursal.

A utilidade do recurso se mostra presente.

Isto posto, rejeito a preliminar.

4. ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS DOS LITISCONSORTES PASSIVOS DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES E SUÊNIO POMPEU DE BRITO

A renovação do pedido de Justiça Gratuita, constante do recurso do litisconsorte passivo SUÊNIO POMPEU DE BRITO, avulta inócua, pois tal benefício já lhe foi assegurado na sentença.

O recurso por ele interposto, bem como o de DEONITA ANTUZIA DE SOUZA ANTUNES, atendem aos requisitos legais de admissibilidade. Conheço.

5. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA, POR EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DO PEDIDO (SUSCITADA PELO RECORRENTE SUÊNIO POMPEU DE BRITO)

O recorrente SUÊNIO POMPEU DE BRITO suscita a nulidade da sentença, argumentando que o pronunciamento jurisdicional extrapolou os limites objetivos da demanda, ao determinar que o BNB proceda à contratação dos autores sem considerar a ordem de classificação dos candidatos aprovados em posição superior no certame. Salieta que em nenhum momento foi aventada, pelos recorridos, a possibilidade de passarem à frente dos candidatos que obtiveram melhor colocação.

Tais alegações não merecem ser acolhidas, por três simples razões.

Primeiro, porque a sentença preenche os requisitos formais e materiais exigidos no art. 832 na CLT, não havendo máculas a justificar a medida extrema de nulidade.

Segundo, porque, em análise prefacial, não se delineia na sentença uma violação ostensiva à ordem de classificação ditada pelo resultado do concurso, a constituir prejuízo a eventual direito que o reclamante tenha perante o BNB.

Terceiro, e não menos importante, é que, mesmo ocorrendo uma tal falha da sentença, ocasionada pela prestação jurisdicional excessiva, a hipótese seria de reforma, e não da medida extrema de nulidade.

Isto posto, rejeito a preliminar.

6. NULIDADE DO PROCESSO, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, FALTA DE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA (SUSCITADA PELO RECORRENTE SUÊNIO POMPEU DE BRITO)

O recorrente afirma que o julgador ofendeu os princípios em epígrafe, por haver determinado a contratação dos reclamantes independentemente da ordem de classificação no concurso. Assevera que os candidatos inseridos na ação como réus não tiveram oportunidade de se manifestar sobre essa preterição, tendo sido surpreendidos com a análise da matéria, que somente foi abordada quando da prolação da sentença.

A matéria aventada como preliminar, na verdade, é afeta ao próprio mérito do recurso, que apresenta, como um dos objetivos, o debate sobre uma pretensa quebra da ordem de classificação do concurso, ditada no provimento condenatório.

Em todo caso, impõe-se frisar que a alegação em torno de ofensas ao contraditório e demais princípios elencados na exposição recursal é bastante frágil, haja vista que o procedimento adotado pelo Juízo de origem, de convocar para a lide os demais aprovados no concurso, certo ou errado, foi norteado justamente pela preocupação em dar-lhes a oportunidade de defesa, para que se manifestassem não só sobre o pedido, como também sobre suas consequências.

A insurgência do recorrente também resulta enfraquecida pelo fato de ele ter ajuizado ação própria, em que lhe foi assegurada, em decisão antecipatória, a contratação com a observância da ordem de classificação (Proc. n.0117100-39.2011.5.13.0022).

Isto posto, rejeito a preliminar.

7. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE CHAMAMENTO DOS ADVOGADOS CONTRATADOS PELO BNB (SUSCITADA PELO RECORRENTE SUÊNIO POMPEU DE BRITO)

O recorrente também propõe a nulidade do processo, por entender que os advogados e sociedades que mantêm contrato com o BNB, cuja validade jurídica foi desconsiderada na sentença, dando fundamento à declaração da existência de dezesseis vagas de emprego, deveriam ter sido chamados para responder ao litígio.

A argumentação não tem a menor razão de ser.

A possível irregularidade dos contratos de terceirização constitui questão incidental ao desfecho da demanda, cujo foco é centrado na existência de necessidade de serviços advocatícios pelo banco reclamado, a deixar indícios de preterição, fazendo surgir, para os autores, o direito à contratação.

A matéria debatida nos autos tem seu foco em possível relação obrigacional entre os candidatos aprovados no concurso e o banco, sendo descabido o chamamento dos advogados terceirizados, sob pena, inclusive, de inviabilizar o direito de ação.

Além do mais, o recorrente, ao assumir tão frágil linha de argumentação, defendendo direito alheio, coloca-se em uma posição um tanto contraditória, já que, em sua própria ação, também concebida no intento de obter a integração ao quadro do banco, por idênticos fundamentos aos aventados pelo reclamante, não cogitou do chamamento de advogados, mas tão somente do candidato aprovado em posição superior à sua (Proc. 0117100-39.2011.5.13.0022).

Não há, portanto, nenhum motivo para a anulação do processo.

Isto posto, rejeito a preliminar.

MÉRITO

RECURSOS DOS LITISCONSORTES DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES E SUÊNIO POMPEU DE BRITO

Os recursos dos litisconsortes passivos apresentam semelhanças visce-rais, em matéria e essência, o que autoriza a análise em conjunto.

O recorrente SUÊNIO obteve a 3ª colocação no resultado do concurso, enquanto DEONITA foi classificada em 8º lugar.

Em linhas gerais, ambos vislumbram na sentença a ocorrência de uma quebra da ordem de aprovação no concurso promovido pelo banco reclamado. Ressaltam que a determinação do julgador, no sentido de que os reclamantes sejam contratados independentemente da classificação, atinge a sua esfera jurídica, na medida em que eles (os autores) ocupam posições inferiores na lista de aprovação (9º, 12º, 13º e 14º lugares).

Em que pese a insurgência dos litisconsortes, não se divisa na sentença o cometimento de ofensas à ordem de aprovação dos candidatos com a melhor posição no resultado do concurso.

Na verdade, nem a petição inicial nem as diversas manifestações subsequentes dos autores revelam o intento de obter privilégios na contratação pelo banco e de violar a lista de classificação, em detrimento dos outros aprovados.

O depoimento de um dos reclamantes, JÚLIO CÉSAR DE LIMA FARIAS, constante da ata de instrução, contém breve histórico dos fatos que antecederam o surgimento da demanda, revelando ter havido uma articulação, por meio dos fóruns de debate na internet, a fim de que todos os aprovados unissem esforços em torno de um objetivo comum, qual seja, o de questionar a possível preterição ao emprego, diante do conhecimento do fato de o banco manter contratos com sociedades advocatícias (Seq. 41).

Na petição de Seq. 50, os autores chegaram a requerer ao Juízo a notificação dos demais aprovados de modo a possibilitar-lhes o ingresso no polo ativo da demanda, para que pudessem ser alcançados por eventual pronunciamento positivo acerca do direito vindicado na inicial.

Quatro são os reclamantes desta ação e dezesseis são as vagas que eles dizem existir no quadro da reclamada, sendo certo que, nessa conjuntura, a sua pretensão de ser convocados não representa nenhum absurdo ou desestabilização dos critérios de classificação.

O último classificado entre os autores ocupa a 14ª posição, que é inferior ao número absoluto das possíveis vagas (16).

Com as vagas declaradas na sentença, há espaço para contratação não só dos reclamantes, como também daqueles que os precedem no concurso.

Os autores foram os primeiros que entraram com a ação contra o banco, e é até natural que sejam questionadas as possíveis consequências de sua inserção no quadro do reclamado, já que outros candidatos têm posição superior.

Esse equacionamento, contudo, encontra fácil solução no ajuizamento de ações por parte de quem realmente tem interesse em ingressar no banco reclamado.

Alguns outros aprovados tiveram esse lampejo e já formularam suas ações, sem a menor necessidade de vir a este processo efetuar questionamentos sobre a ordem de classificação.

Foi o que ocorreu com os candidatos aprovados ALTINO ELIZEU BEZERRA DA COSTA NETO, VINÍCIUS DE ARAÚJO SILVA e PAULO FRANCISCO DE ANDRADE JÚNIOR, que obtiveram, respectivamente, a 5ª, 6ª e 10ª posições no concurso.

Embora tenham sido apontados como réus nesta ação, eles tiveram a iniciativa de ajuizar a ação própria, visando ao reconhecimento do direito à contratação, tendo obtido êxito em pronunciamento desta 2ª Turma (Proc. 0060000-92.2011.5.13.0001).

O próprio recorrente SUÊNIO POMPEU DE BRITO ajuizou ação de forma individual, sendo-lhe garantido, em antecipação de tutela, o direito de ser contratado tão logo isto ocorra com os reclamantes desta ação (Proc. 0117100-39.2011.5.13.0022).

O candidato aprovado em 2º lugar, WILLIAM ALVES BEZERRA, também formulou a pretensão ao Judiciário, obtendo resposta jurisdicional positiva na sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa (Proc. 0080400-24.2011.5.13.0003).

Os demais aprovados ou se manifestaram nos autos para requerer a sua exclusão ou silenciaram porque, evidentemente, não têm interesse na contratação, por já estarem agregados a outros empregos ou cargos públicos.

Nesse cenário, é possível concluir que a ordem geral de classificação, no final, estará assegurada, inclusive com os reflexos administrativos que lhe são correlatos, em virtude de praticamente todos terem ajuizado as ações trabalhistas.

Entre os que se mostraram interessados na contratação, a única que não ajuizou ação, até o momento, foi DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES, mas tal circunstância não impede que os reclamantes sejam contratados, porque não se pode sujeitar o seu direito à inércia de qualquer um dos aprovados.

Vencido esse tema, a análise da causa nos conduz, agora, à curiosa e inusitada situação de aparente confronto entre os reclamantes e os demais aprovados no concurso.

O quadro é curioso porque os aprovados no concurso, embora tenham interesses nitidamente convergentes com os objetivos dos reclamantes, foram chamados à lide para integrar o polo passivo da demanda, e assim foram mantidos no provimento condenatório emitido pelo Juízo de origem, sem que lhes tenha sido imposta nenhuma obrigação de caráter prático.

Os litisconsortes tentaram convencer o Juízo de que deviam integrar o polo ativo, já que partilham com os reclamantes uma mesma realidade, veem no proceder do banco reclamado uma atitude antijurídica e igualmente almejam ser contratados como advogados.

O pleito, entretanto, não foi atendido, e os requerentes foram, a final, qualificados como réus, o que não deixa de ser um tanto estarrecedor.

Aliás, esse estarrecimento encontra-se bem traduzido no requerimento apresentado por um dos litisconsortes, RAFAEL ANTÔNIO VARANDAS NOMINANDO DINIZ (Seq. 94).

Ele esclarece que, atualmente, ocupa o cargo de advogado na Caixa Econômica Federal, e que, para si, o resultado da demanda seria indiferente.

A sua manifestação merece ser transcrita, por inculcar a necessidade de uma melhor reflexão sobre essa estranha posição processual em que ora se encontram imersos os candidatos aprovados no concurso:

MM. Juiz, o peticionante, atualmente, ocupa o cargo de Advogado da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, revelando-se indiferente, para ele, o resulta-

do da presente demanda. É dizer, em virtude da satisfação da posição laboral em que se encontra, não possui interesse em assumir o cargo de Advogado do Banco do Nordeste do Brasil, ainda que lhe seja garantido este direito através da ação em tela.

Diante disto, causou estupefação ao peticionante a situação processual em que foi colocado no processo. Note-se que se a reclamação for julgada improcedente, nada perderia o peticionante, afinal nem mesmo intencionava a assunção do emprego público objeto da reclamatória. Doutra banda, a procedência geraria uma inequívoca incongruência: por um lado, lograria o reconhecimento ao direito de ser nomeado - por ser melhor classificado do que os reclamantes -, e, por outro, seria condenado a arcar com os ônus da sucumbência juntamente com o BNB, porquanto figura ao lado deste como litisconsorte passivo necessário. Ora Excelência, caso o desfecho da ação venha a ser favorável aos reclamantes, **somente o banco reclamado teria o poder para efetivar o pleito deferido, muito embora ao peticionante, que nada poderia fazer para garantir o cumprimento da decisão, seria também imposto o dever de arcar com a sucumbência.** De toda forma, **não é demais salientar que a citação dos classificados melhores posicionados do que os reclamantes não se mostraria imprescindível para a higidez formal do processo.** É que, sendo certo que o pedido delimita a abrangência dos efeitos da sentença, ao ser pedido, na exordial, “(...) a condenação do BNB na obrigação de fazer, consubstanciada em firmar com os autores contratos de trabalho de forma definitiva, respeitando-se a ordem de classificação no certame, sob pena de multa diária” não poderia uma eventual procedência da ação assegurar o direito à nomeação dos reclamantes em detrimento dos aprovados em classificação superior, sob pena de se configurar julgamento extra petita.

Em outras palavras, **não haveria prejuízo para aqueles outros classificados, mesmo que não tivessem sido chamados a integrar a lide.** (grifos acrescentados)

A exposição acima resume tudo o que deve ser dito sobre o caso, na medida em que dá indicativos claros de que os reclamantes não têm a pretensão de obter o atropelo da classificação, não se justificando, portanto, a qualificação de seus colegas de concurso na condição de réus.

Quando muito, a sua situação seria de assistentes litisconsorciais, e assim poderiam ter sido considerados, apenas para observar o desenvolver da demanda e atuar de forma harmônica com os autores, mas não em situação antagônica a estes.

Da sentença não resulta, nem poderia resultar, nenhum gravame a ser suportado pelos litisconsortes. Não se lhes retirou o possível direito de serem também contratados, com as vantagens adquiridas com a melhor posição na lista de classificação.

Situação diversa seria se os reclamantes pretendessem a declaração, por exemplo, de quatro vagas, e almejassem nelas ser alocados. Haveria, em tal conjectura, ofensa aos ditames do art. 37, IV, da CF.

Mas o caso não é este.

Repise-se que são dezesseis os empregos apontados como existentes, número que engloba a classificação dos reclamantes e de todos aqueles que figuram como litisconsortes passivos.

A hipótese não é de preterição interna entre os aprovados, o que torna de certo modo teratológico o falso embate que entre eles se criou nesta demanda, e, mais ainda, a figuração dos outros candidatos no provimento condenatório.

Saliente-se que todos os aprovados – pelo menos aqueles que têm interesse no contrato, e cuja classificação é conformada ao suposto número de vagas – partilham um mesmo desejo, dividem uma mesma realidade, enxergam uma mesma luz.

Todos olham para um mesmo ponto.

Tanto é assim que outros aprovados, embora indicados como réus nesta ação, contaram com a colaboração dos autores na formulação de suas respectivas ações, cujas petições iniciais são praticamente uma cópia da exordial desta demanda.

Essas reflexões conduzem contundentemente à necessidade de que se introduza um devido ajuste na condenação – melhor ainda, no processo –, de modo a afastar-se os litisconsortes passivos, todos eles, da condição de réus, por uma questão de justiça e equidade.

Os litisconsortes apresentaram-se no processo almejando a sua participação no polo ativo, requerendo, sucessivamente, caso não fosse o entendimento, a exclusão do litígio, o que deveria ter sido observado pelo Juízo de origem, e lamentavelmente não o foi.

A figuração dos aprovados como réus não tem nenhum sentido prático positivo à efetivação do comando sentencial, pelo contrário.

Trata-se de indivíduos jovens que, como visto, tentam seguir a carreira jurídica, sendo certo que a inserção de seus nomes no polo passivo de uma demanda judicial poderá implicar consequências negativas, notadamente na obtenção de certidões perante o Judiciário, que são exigidas nas etapas dos concursos.

Alguns deles já estão empregados em órgãos e empresas públicas que consideram mais favoráveis às suas conveniências, como acontece com RAFAEL ANTÔNIO VARRANDAS NOMINANDO DINIZ, não havendo, de sua parte, nenhum interesse no resultado do concurso, na ordem de classificação ou sobre quaisquer outros aspectos do presente litígio, o que torna esdrúxula a sua permanência no polo passivo da demanda.

Especificamente em relação a SUÊNIO POMPEU, a sua condição de réu assume ares ainda mais extravagantes, porque, como visto, ele figura como autor de uma demanda própria contra o banco reclamado, com objetivos alinhados aos ideais dos reclamantes, o mesmo ocorrendo com os litisconsortes WILLIAM ALVES BEZERRA, ALTINO ELIZEU BEZERRA DA COSTA NETO, VINÍCIUS DE ARAÚJO SILVA e PAULO FRANCISCO DE ANDRADE JÚNIOR.

Nesse cenário, levando em consideração principalmente aquele pedido sucessivo manifestado pelos recorrentes e demais litisconsortes em suas defesas, para que fossem excluídos da lide, e que de certa forma é reiterado nos fundamentos dos recursos de DEONITA e de SUÊNIO, concluo que todos eles merecem ser excluídos da lide.

Isto posto, dou provimento ao Recurso Ordinário dos litisconsortes DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES e SUÊNIO POMPEU DE BRITO para excluí-los da lide, assim como os demais litisconsortes passivos: WILLIAM ALVES BEZERRA, HOANA MARIA ANDRADE TOMAZ, ALTINO ELIZEU BEZERRA DA COSTA NETO, VINÍCIUS ARAÚJO

DA SILVA, RENATO ANTÔNIO VARANDAS NOMINANDO DINIZ, PAULO FRANCISCO DE ANDRADE JÚNIOR e JOÃO BATISTA RAMALHO DE LIMA.

RECURSO DO BNB

É possível intuir, nas linhas acima, que o direito vindicado, em si, é de fácil assimilação.

Os reclamantes RAFAELA SILVEIRA DA CUNHA ARAÚJO, JÚLIO CÉSAR LIMA DE FARIAS, LEANDRO MOREIRA PITA e BRUNO CARNEIRO RAMALHO obtiveram aprovação no concurso para formação de cadastro de reserva para o emprego de Especialista Técnico I – Advogado, realizado pelo BNB em 2010, tendo sido classificados, respectivamente, em 9º, 12º, 13º e 14º lugares.

O resultado do concurso foi homologado em 08.06.2010, tendo sido anunciada a aprovação do total de 1.261 candidatos, sendo que, na Paraíba, foram considerados aprovados 93 concorrentes correlacionados ao sobredito posto de emprego.

Na exposição inicial, os autores alegam que o reclamado mantém contratos com diversos escritórios de advocacia, servindo-se, ao todo, de dezesseis advogados. Salientam que tais contratos vêm sendo renovados ao longo dos anos, o que conduz inexoravelmente à conclusão de que o banco tem cabal necessidade de profissionais para suprir os serviços jurídicos.

Defendem que, no proceder do banco, aflora indisfarçável ofensa aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, pois as necessidades relacionadas às atividades jurídicas devem ser atendidas com a nomeação dos aprovados no certame, e não por meio de terceirização, que consideram ilícita.

Almejam, assim, a declaração de existência de dezesseis vagas em aberto para o posto de advogado no quadro efetivo do banco, requerendo, com isto, a sua imediata contratação, conforme o resultado final do concurso (Seq. 1).

O Juízo de origem acolheu integralmente o pedido, por entender que a contratação de advogados a título precário, no prazo de validade do concurso, implica a existência de vagas, fazendo surgir, para os autores, o direito à contratação. Assim, declarou a existência de dezesseis empregos públicos vagos no âmbito geográfico da Paraíba e determinou ao reclamado que procedesse à contratação dos reclamantes, respeitada a ordem de classificação no certame, no prazo de quarenta e cinco dias, contados da ciência do ato decisório, sob pena de pagamento de astreintes, arbitradas em R\$ 1.000,00 por dia, para cada um dos demandantes.

O banco reergue a longa barreira de argumentos agitados na defesa, no intento de ser absolvido da condenação.

Nenhum deles, entretanto, leva a convencimento contrário àquele estampado na sentença, edificado sob firme alicerce jurídico.

Repele-se, de logo, a insistente linha de defesa baseada na regularidade dos contratos mantidos com os escritórios de advocacia, contratos estes que, na visão do recorrente, têm caráter temporário.

A questão é meramente incidental ao caso, até porque não constitui objeto da demanda a desconstituição dessas relações contratuais.

O que se tem em relevo são as consequências jurídicas do comportamento do reclamado na esfera de direitos dos autores, como candidatos aprovados em concurso público.

A despeito do arsenal de dispositivos legais agitados no recurso do reclamado, pode-se adiantar que a solução da causa tem simples esteio no comando do art. 37 da Constituição Federal, do qual emanam os princípios vetores do atuar do Poder Público, em todas as vertentes que possa fazer-se sentir perante os administrados.

O reclamado ostenta a condição de sociedade de economia mista, participante da Administração Pública Indireta, devendo irrestrita obediência aos postulados estabelecidos naquele dispositivo, quais sejam: a legalidade, a moralidade, a eficiência, a publicidade e a impessoalidade.

De partida, não se pode dizer que a contratação de advogados, mesmo por meio de licitação, reveste-se do caráter da legalidade, a servir de justificativa para a não convocação dos aprovados.

É que o demandado tem o quadro de pessoal organizado em carreira, no qual se encontra expressamente incrustada a categoria de advogado (argumentação incontroversa). Tal situação impõe à entidade, de modo analógico, a observância de uma conduta pautada no art. 1º, § 2º, do Decreto n. 2.271/1997, a repelir a possibilidade de contratação de terceiros para aquela função, como já se acentuou, inclusive, em decisão do Tribunal de Contas da União:

Cabe aos gestores, como destinatários primeiros das regras e princípios aplicáveis à Administração Pública, valorar os bens jurídicos em conflito, se existentes, a fim de conciliar a eficiência da gestão administrativa com a obrigatoriedade de realização de concurso público para preenchimento de funções adstritas a seus planos de cargos e salários e para **atividades** principais que, embora não integrantes de tais planos, integrem a essência do negócio das empresas. Para essa tarefa, devem orientar-se pelas disposições do Decreto nº 2.271/1997, bem como pelo entendimento exposto no enunciado da Súmula TST nº 331. (TC 023.627/2007-5, Relator Ministro Augusto Nardes, sessão 25.08.2010).

Independentemente de se tratar de atividade-meio ou atividade-fim, os serviços jurídicos do banco estão reservados para pessoas admitidas mediante concurso, conforme estabelecido não só na Constituição Federal (art. 37, inciso II), como também em seu plano de carreira e na lei de sua criação (Lei n. 1.649/1952, art. 25).

No proceder do banco, também não se divisa uma conduta inspirada no primado da moralidade.

Se houve um concurso público do qual resultou a aprovação de diversos candidatos ao emprego de advogado, apresenta-se no mínimo como uma atitude antissocial e abusiva a arremetimento de colaboradores por meio de licitação.

A circunstância de o concurso ter sido realizado para a formação de um cadastro de reservas não constitui justificativa para que se relegue ao esquecimento aqueles que obtiveram aprovação, dando-se uma inaceitável preferência à contratação de terceiros.

Em todo o Estado da Paraíba, somente foi convocada para contratação aquela que obteve a primeira colocação na lista, isto em um universo de 93 candidatos aprovados. A referida advogada nem mesmo se encontra ligada atualmente ao banco reclamado, por ter assumido outro emprego, sendo fato incontroverso que ninguém mais foi chamado em virtude do concurso, que se encontra em plena vigência.

Tal circunstância evidencia a ofensa ao princípio da moralidade na conduta do reclamado, ofensa esta que mais se intensifica quando se tem em mente que o banco seduziu centenas, senão milhares, de cidadãos, fazendo-os gastar dinheiro com inscrições, passagens e hospedagem, para simplesmente não mais contratar nenhum dos aprovados, mantendo, por outro lado, contratos com sociedades advocatícias, em relação aos quais despende mensalmente consideráveis somas de seu orçamento.

O reclamado olvida que muitos dos que se lançam ao concurso o fazem com a entrega de uma parcela de suas vidas, alimentando esperanças, traçando projetos, o que resulta, inclusive, no afastamento do convívio social.

Meses antes da divulgação do edital, baseados apenas em rumores sobre a realização dos certames, os futuros concorrentes matriculam-se em cursos preparatórios dispendiosos e alguns deles chegam até a se desligar de seus empregos e sacrificar os períodos de descanso para dedicar-se aos estudos. Em casa, subtraem parcela de tempo que seria dedicado à família para enfrentar a resolução de exercícios e ensaiar redações.

Suas mães tentam amenizar o seu cansaço nas noites de estudo prolongado. Seus pais se orgulham vendo neles a vontade de vencer na vida. Seus irmãos os estimulam. Seus cônjuges temem pela eventual frustração. Seus filhos e amigos sentem a sua falta.

Quando o edital é publicado, os pretendentes a cargo público reservam uma parte considerável de seus recursos para pagar taxas de inscrições e comprar apostilas. Alguns deles recebem auxílio pecuniário de seus parentes e saem de suas cidades de origem para submeter-se a provas em lugares longínquos, inclusive enfrentando viagens interestaduais e inter-regionais.

Sem dúvida, ao longo de toda essa preparação, há um grande esforço que envolve não somente os candidatos, mas todo o seu núcleo familiar.

Imagine-se, então, que, no final de todos os sacrifícios, aqueles que foram aprovados recebem a notícia da classificação e, sedentos e necessitados do trabalho, leem, no outro dia, em resenhas da imprensa, o anúncio de contratação de empregados pela instituição, alheios ao certame, sob o rótulo de “trabalho temporário”.

Ora, não pode haver situação mais consternadora para quem se dedica a um concurso.

Sem dúvida, a opção da empresa pela contratação de colaboradores por licitação – ou por outros meios criativos que se tem notícia atualmente – representa golpe letal nos princípios da moralidade e da impessoalidade.

A conduta do banco também peca pelo desrespeito ao princípio da eficiência administrativa, pois os contratos formulados por licitação são guiados pela técnica e preço, e não pelo saber jurídico.

Decerto a defesa dos interesses da instituição estaria melhor resguardada se fosse confiada aos profissionais cujos conhecimentos são postos à prova mediante o certame. Digo isto apenas porque o próprio reclamado ressaltou que os empregados contratados por concurso assumem funções mais complexas do que aqueles que participam de processo licitatório.

Tampouco a existência de diferenças entre as atribuições que cabem aos advogados empregados e aqueles que são contratados por licitação pode servir de justificativa à preterição dos primeiros.

Da descrição sumária do cargo de advogado, constante do Anexo II do Edital, percebe-se que as atribuições do empregado são amplas, consistentes na “defesa dos interesses do BNB na esfera judicial e administrativa mediante assessoramento legislativo, devendo também prestar assistência técnica e consultoria jurídica, com vistas a salvaguardar o patrimônio do BNB e assegurar que os negócios da Empresa e os atos de seus administradores observem as leis e os dispositivos normativos e atendam aos interesses do BNB” (*sic* – Seq. 22 – p. 19).

Esse leque de atividades enfeixa qualquer uma das atribuições que são conferidas aos escritórios contratados por meio de licitação.

Se o reclamado opta, na prática, por destinar aos seus empregados apenas as atividades de “forte natureza jurídico-administrativa”, certamente o faz em busca de uma justificativa inaceitável para servir-se dos escritórios de advocacia, negligenciando a fila de advogados em relação aos quais tem o dever legal e moral de contratar, por terem sido aprovados ao concurso ao qual foram atraídos e dedicaram uma parte de suas existências.

Por outro ângulo, soam até pueris as alegações do recorrente no sentido de que os contratos firmados com as sociedades advocatícias ocorrem a título precário, visando ao atendimento do aumento da demanda na solução de pendências jurídicas.

As contratações existem desde 2006, o que deixa patente que os serviços jurídicos inserem-se no conceito de atividade permanente, com necessidade crescente, a patentear a conclusão de que, no âmbito da instituição creditícia, existem vagas para o emprego de advogado que deveriam ser preenchidas pelos candidatos aprovados no concurso e, em vez disso, estão sendo destinadas aos contratos mantidos com terceiros.

O entendimento aqui exposto não representa nenhuma ameaça ao poder discricionário característico das entidades administrativas.

A sociedade de economia mista, assim como os demais entes e órgãos do Poder Público, têm a prerrogativa de organizar-se e decidir quando devem realizar concurso para a formação do chamado cadastro de reserva, visando ao preenchimento de vagas que venham a surgir, futuramente, por exemplo, com as aposentadorias e exonerações dos empregados e servidores que compõem os seus quadros atuais.

Uma vez aprovado no certame, o candidato tem mera expectativa de direito, porque, mesmo com o surgimento da vaga, cabe à entidade decidir se e quando lhe é conveniente preenchê-la.

Mas se o ente administrativo dá sinais de que há necessidade do preenchimento, convocando, para isto, advogados e sociedades advocatícias por meio de licitação, a expectativa convola-se em direito certo dos aprovados à contratação.

É esta a situação jurídica que ocorre no caso em exame. O banco, louvando-se de licitações, incorre em desobediência aos princípios do art. 37 da Constituição Federal, fazendo surgir, para os reclamantes, o direito à integração como advogados concursados.

Pensar o contrário seria dar abrigo à indecorosa ideia de que o concurso para a formação de reserva constitui mera figura decorativa ou, pior que isto, que não passa de uma artimanha cujo objetivo não é outro senão o de alimentar os cofres públicos com o dinheiro das inscrições, à custa da inocência de cidadãos que sonham e se preparam para obter uma colocação no serviço público.

Não é difícil perceber a injustiça que se esconde por detrás dessa moldura, ainda mais quando é levada em conta a probabilidade de que os aprovados vejam atuando em favor do banco, e dele recebendo honorários, por vários anos, aqueles outros advogados que não se esforçaram e que, por isto, não obtiveram aprovação no certame.

Concurso público não pode servir de engodo para captação de reservas e depois ser desprezado pela entidade que o promove.

A importância dos certames, para o processo democrático e para a construção de uma sociedade isonômica, é irrefutável.

É por essa sublime instituição que a sociedade consegue aniquilar os malefícios das contratações de gaveta, dos apadrinhamentos e conchavos administrativos, guiados, tantas vezes, por sombrias intenções.

É por meio do concurso que a Administração tem a maior chance de contratar com pessoa capacitada para a missão pública.

A realização do concurso garante igualdade de condições a cidadãos de todas as classes, fazendo nascer a possibilidade de ascensão para aqueles que se encontram em posição inferior na injusta pirâmide social.

Não há dúvida de que a entidade administrativa destrói essas oportunidades quando, na vigência de concurso para determinado cargo ou função, opta pela formalização de contratos por licitação, ferindo, com isto, todos os objetivos fundamentais talhados no art. 3º da Constituição Federal, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a redução das desigualdades sociais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer ordem.

Com relação às supostas limitações orçamentárias e administrativas, tidas como barreira à contratação, a retórica apresentada pelo recorrente se apresenta igualmente inaceitável.

Se não há possibilidade de contratação dos concursados, como justificar a destinação de verbas para as licitações de advogados terceirizados, as quais envolvem quantias expressivas, anualmente alocadas no planejamento orçamentário da instituição?

Percebe-se, aí, a ausência de planejamento por parte do reclamado, que deveria adotar uma linha de conduta pautada nas regras da boa administração, tendo por objetivo a admissão, em seus quadros, do pessoal concursado para atender às suas necessidades constantes e perenes.

E nem se alegue que há óbice à nomeação em virtude de limitações impostas pelo Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais (DEST).

Aliás, a alegação recursal, nesse ponto, apresenta-se obscura e inconsistente.

A Juíza condutora do feito determinou ao reclamado que apresentasse, em dez dias, “documentos comprobatórios das gestões realizadas junto do DEST ou outros órgãos de controle das estatais propondo, solicitando a respeito da contratação de advogados como empregados do banco, a saber: com a finalidade de aumentar o número de advogados dentre os funcionários do banco” (Seq. 41 – p. 2).

A despeito da determinação, o recorrente permaneceu silente e, quando já expirado o prazo, trouxe apenas cópia de ofício dirigido à Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região, sem a menor utilidade para a solução do litígio (Seq. 58). Em audiência posterior, o seu representante confessou que uma tal consulta ao DEST jamais existiu (Seq. 78).

Bem se vê, portanto, que a conduta omissiva do recorrente em relação aos aprovados no concurso, e a sua preferência pela contratação de advogados por licitação, nada têm a ver com amarras quantitativas impostas pela entidade fiscalizadora das estatais.

Em relação às limitações físicas, que também seria motivo de impedimento à contratação de empregados, as alegações do recorrente soam igualmente destituídas dos valores da seriedade e da plausibilidade jurídicas.

Não é crível que um banco do porte do reclamado, com um quadro de carreira que abrange a categoria de advogado, tendo realizado um concurso de grandes proporções, com abrangência em diversos estados da federação, e que diz vivenciar um acréscimo considerável de litígios, em face do aumento de inadimplentes, não tenha se preocupado em disponibilizar um espaço físico adequado para os seus empregados, presentes e futuros, visando ao atendimento dessas necessidades.

Se assim ocorreu, os gestores da entidade dão claros sinais de manifesta falta de organização, e dela tentam tirar proveito como fundamento para o fato de não haver chamado os aprovados para atender às suas necessidades. Alegação inadmissível, pois, como se sabe, é postulado geral do direito que a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza.

Também descabida é a justificativa de que “se não fosse realizada a contratação de advogados por meio de licitação, a média de processos por causídicos aumentaria para número impraticável e temerário”.

A argumentação é risível, pois se a média de processos pode ser equacionada com advogados alheios ao quadro, mais ainda o será com os advogados aprovados no concurso, com a vantagem de que a sua contratação estará lastreada nos princípios da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da legalidade.

A possibilidade de o banco ter a seu dispor advogados espalhados em diversas partes do Estado, mediante os contratos de licitação, também não é argumento que se impõe ao direito vindicado nesta ação.

A realização de concurso público serve justamente para a escolha de candidatos preparados ao atendimento das necessidades do ente público, submissos às condições impostas no edital, entre as quais se inserem a possibilidade de deslocamento temporário e a designação para o trabalho em cidades distantes da sede.

Aliás, convém observar, na espécie, que o edital do concurso de 2010 prevê expressamente que, uma vez contratado, o empregado, por interesse do BNB, sujeita-se a ser transferido a qualquer tempo para outra localidade do território nacional onde exista agência do banco e a empreender viagens a serviços, de acordo com as normas internas (item 15.8 – Seq. 1 – p. 58).

Não é, portanto, a abrangência territorial dos serviços que vai servir de justificativa para a preferência dispensada pelo reclamado aos contratos formulados por meio de licitação, pois os empregados do banco podem realizar atividades fora de suas sedes.

Além do mais, é notória a deficiência de diversos profissionais nos mais afastados recônditos do país, o que inclui médicos, professores e até juízes, e nem por isto a lei e a moral outorgam à Administração o direito de contratar indiscriminadamente e, menos ainda, de promover a preterição dos aprovados em concursos públicos.

Outrossim, as decisões invocadas na defesa e reiteradas no recurso, proferidas pela Justiça Federal e pelo TCU, que, na visão do recorrente, cancelam a contratação de advogados terceirizados pelas entidades estatais, não constitui norte para a solução da presente demanda.

Repise-se que o núcleo da discussão, aqui, não é a legitimidade desses contratos, mas o fato de que sua existência e permanência descortinam, para os demandantes, a certeza de que o reclamado apresenta necessidade de preencher os empregos de advogado, o que lhes assegura o direito à convocação.

Além do mais, em contraposição aos argumentos do banco reclamado, convém ressaltar que a jurisprudência recente do Órgão de Cúpula do Judiciário Brasileiro e do Superior Tribunal de Justiça conferem inabalável reforço à pretensão dos reclamantes. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO HABILITADO. DIREITO À NOMEAÇÃO. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. No particularizado caso dos autos, a instância julgante de origem assentou a plena vigência do concurso para o cargo de “Professor da Educação Básica” da rede estadual de ensino, bem como a existência de vagas e de candidatos aprovados. Isso não obstante, o Estado do Maranhão realizou processo seletivo simplificado e contratou professores em caráter temporário para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera o referido concurso público. Logo, a postura do Estado implicou preterição de candidato habilitado. 2. Agravo regimental desprovido. (STF, ARE 661070 AgR / MA, Relator Ministro AYRES BRITTO, DJ 16.12.2011).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ARMADOR. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. COMPROVADA A PRETERIÇÃO DO CANDIDATO APROVADO NO CERTAME. DIREITO À NOMEAÇÃO. 1. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar contra o Diretor de Cíveis, Inativos e Pensionistas e a Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão. Alega o impetrante que obteve primeiro lugar em concurso público para técnico de tecnologia militar (armador), mas não é nomeado em razão de existirem agentes temporários, na área geográfica para a qual foi aprovado, cujos contratos foram prorrogados em março de 2011. Aduz que a suspensão das nomeações pelo Ministério do Planejamento não pode ser despida de fundamentação, diante do direito subjetivo do impetrante. Sustenta sua pretensão ainda na ausência de discricionariedade, no respeito à moralidade administrativa. 2. As autoridades coatoras divergem sobre a questão de fundo. De um lado, assevera o MPOG que os temporários atuam na construção civil,

na pavimentação de rodovias, na dragagem e em atividades complementares como demarcação territorial e mapeamento topográfico. Já a Diretoria vinculada ao Ministério da Defesa, contratante que tem conexão direta com os temporários, afirma que são efetivamente artífices de estruturas e obras de metalurgia. 3. A última posição é corroborada pelos documentos acostados aos autos. Basta o cotejo da descrição das atribuições típicas de Armador com a designação do cargo no contrato temporário ("artífice de estruturas de obras e metalurgia") e com a portaria que autorizou as contratações. 4. A Portaria MPOG 39/2011 não se presta a legitimar a preterição pela via transversa de contratação de temporários. 5. A manutenção de contratos temporários para suprir a demanda demonstra a necessidade premente de pessoal para o desempenho da atividade, revelando flagrante preterição daquele que, aprovado em concurso ainda válido, estaria apto a ocupar o cargo; circunstância que, conforme a Jurisprudência do STJ, faz surgir o direito subjetivo do candidato à nomeação. 6. Segurança concedida para determinar a nomeação do impetrante ao cargo para o qual foi aprovado. (STJ, MS 17035 / DF, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 20/09/2011)

Diante de todas essas ponderações, tenho por escorreito o pronunciamento do Juízo de primeira instância que, sob a luz da lei e da razão, a dar firme lastro às argumentações dos reclamantes, declarou a existência de dezesseis vagas, assegurando-lhes a nomeação ao emprego de advogado, para o qual obtiveram aprovação no concurso público, em posições que se amoldam àquela quantidade.

O provimento jurisdicional deve ser mantido na íntegra, o que inclui a antecipação dos efeitos da tutela, a impor a contratação dos autores independentemente da formalização da coisa julgada, diante do risco de ineficácia causado pela demora do trânsito em julgado.

Isto posto, nego provimento ao Recurso Ordinário.

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do(a) Representante da Procuradoria Regional do Trabalho: PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO (SUSCITADA PELO BNB): por unanimidade, REJEITAR; PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA LITISCONSORTE DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES (SUSCITADA PELOS RECLAMANTES-RECORRIDOS): por unanimidade, REJEITAR; PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA POR EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DO PEDIDO (SUSCITADA PELO RECORRENTE SUÊNIO POMPEU DE BRITO): por unanimidade, REJEITAR; PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, POR FALTA DE COOPERAÇÃO PROCESSUAL, POR DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA NÃO SUPRESA E POR AUSÊNCIA DE CHAMAMENTO DOS ADVOGADOS CONTRATADOS PELO RECLAMADO (SUSCITADA PELO RECORRENTE SUÊNIO POMPEU DE BRITO): por unanimidade, REJEITAR; MÉRITO: RECURSOS ORDINÁRIOS DE SUÊNIO POMPEU DE BRITO E DEONITA ANTUZIA DE SOUSA ANTUNES: por unanimidade, DAR PROVIMENTO para excluir os recorrentes do litígio, bem como os demais litisconsortes passivos WILLIAM ALVES BEZERRA, HOANA MARIA ANDRADE TOMAZ, ALTINO ELIZEU BEZERRA DA COSTA NETO, VINÍCIUS ARAÚJO DA SILVA, RENATO ANTÔNIO VARANDAS NOMINANDO DINIZ, PAULO FRANCISCO DE AN-

DRADE JÚNIOR e JOÃO BATISTA RAMALHO DE LIMA; RECURSO DO RECLAMADO
BNB: por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO.

ASSINADO ELETRONICAMENTE

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

Desembargador Relator

dl

ACÓRDÃO**PROC. NU.: 0038100-27.2009.5.13.0000****MANDADO DE SEGURANÇA****IMPETRANTE: MARIA LUÍZA GUEDES PEREIRA GALVÃO****IMPETRADO: JUIZ DO TRABALHO DA 5ª VARA DE JOÃO PESSOA/PB****LITISCONSORTE: MARIA JOSÉ****E M E N T A:**

MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO TRABALHISTA. PENHORA DE CONTA-SALÁRIO. Se a penhora no processo de execução recaiu em conta-salário do devedor, violou direito líquido e certo do executado. Com efeito, o artigo 649, IV, do CPC. qualifica como absolutamente impenhoráveis os vencimentos dos funcionários públicos, salvo para o pagamento de prestação alimentícia. A ordem jurídico-positiva privilegiou a sobrevivência pessoal em prejuízo de outros débitos, ainda que decorrentes da relação de emprego. Segurança concedida.

“Vistos etc.

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por MARIA LUÍZA GUEDES PEREIRA GALVÃO em face de ato do MM. Juiz da 5ª Vara do Trabalho desta Capital, que determinou a penhora on-line, em contas bancárias da impetrante, do valor de R\$ 1.531,40, com o fito de garantir a execução definitiva do crédito apurado na Reclamação Trabalhista de n. 00042.2009.005.13.00-8, ajuizada por Maria José Pereira.

Aduz a impetrante que é sócia minoritária da empresa CIRLA - Indústria, Comércio e Representações Ltda., reclamada na ação originária, e que, em função do descumprimento do acordo celebrado naqueles autos, veio a sofrer bloqueio judicial das suas contas bancárias de n. 47.675-7, agência 4020-7, do Banco do Brasil, e de n. 9028134.4, Agência 1183, do Banco Real, as quais servem para crédito dos salários percebidos pela impetrante em razão de sua condição de servidora pública municipal e estadual, malferindo, assim, a regra de impenhorabilidade dos salários, prevista no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. Vislumbrando ofensa a direito líquido e certo, requer a concessão de liminar para que se determine a restituição dos valores penhorados sobre o saldo de salário.

Juntou procuração e documentos.

A liminar foi indeferida mediante os fundamentos constantes da decisão.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de praxe, em 20.11.2009, mediante o Protocolo 005-02927/2009.

Não houve manifestação da litisconsorte.

Sem parecer circunstanciado do Ministério Público do Trabalho.”

É o relatório, aprovado em sessão.

V O T O

CABIMENTO

Peço vênua a Sua Excelência o Desembargador-Relator para transcrever parte de seu voto como fundamento do presente acórdão:

O objetivo da impetrante consiste em afastar suposta ilegalidade praticada pelo Juiz do Trabalho da 5ª Vara de João Pessoa, que concretizou a penhora de créditos para garantir a satisfação da dívida cobrada em execução trabalhista.

Nesse cenário, deflui-se que o mandado de segurança sob exame se mostra adequado, mormente em face do argumento nuclear de que a apreensão recaiu em valores absolutamente impenhoráveis, constantes de conta-salário da impetrante.

Oportuno gizar que qualquer outra medida processual não teria o vigor necessário à pronta suspensão da penhora tida por nociva, com a eventual restituição imediata do crédito, o que reforça, em tese, o cabimento do *mandamus* para a situação lamentada.

Registro, por outro lado, que a medida é tempestiva, considerando que o bloqueio reclamado se deu em 12.09.2009 e a impetração data de 11.11.2009, logo, dentro do prazo decadencial estabelecido no art. 23 da Lei n. 12.016/2009.

MÉRITO

No tocante à impenhorabilidade de salários, esta é indiscutível, já que tal proibição decorre de texto expresso de lei, vez que o artigo 649 e inciso VI do CPC, dispõem que:

“art. 649. são absolutamente impenhoráveis:

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; ”

Não existe, na lei, qualquer previsibilidade de penhora de salário para pagamento de nenhuma outra dívida, que não decorra de prestação alimentícia, decorrendo, assim, a ilegalidade do ato judicial atacado.

Dessarte, discordo daqueles que afirmam ser possível a penhora de salário para pagamento de crédito trabalhista oriundo de relação de emprego de doméstico, por se tratar este de crédito super-privilegiado, vez que o salário do empregador, em tais casos, corresponde a bem de família.

Aliás, nossos Tribunais pátrios já pacificaram entendimento neste sentido, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – PENHORA SOBRE SALÁRIO – somente em casos especialíssimos pode ser admitida a impetração do mandado de segurança, dentro das estritas hipóteses previstas na lei nº 1.533/51, quando o ato judicial for contra-legal, com prejuízo da segurança jurídica que o sistema normativo deve oferecer à sociedade. penhora sobre conta bancária, destinada a pagamento de salários, viola a literalidade do art. 649, iv, do cpc e, conseqüentemente, a direito líquido e certo da impetrante, por privar-lhe do seu crédito alimentar, colocando em risco a sua própria subsistência. concessão da segurança deferida, em definitivo, com a finalidade de obstar a penhora sobre a conta-salário da impetrante.” (trt 23ª r. – ms 03213.2001.000.23.00-7 – (1344 /2002) – tp – rel. juiz tarcísio valente – djmt 05.07.2002 – p. 11)

RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA DE CONTA-SALÁRIO – os valores penhorados são referentes a vencimentos que o impetrante recebe como professor, ocorrendo, pois, ofensa ao art. 649, inciso iv, do cpc, visto que, a teor desse dispositivo, os vencimentos de servidor público são impenhoráveis. recurso ordinário a que se nega

provimento.” (tst – roms 747535 – sbdi 2 – rel. min. conv. vieira de mello filho – dju 11.10.2002)

MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA DE CONTA SALÁRIO – IMPENHORABILIDADE – são absolutamente impenhoráveis, nos termos do artigo 649, iv do cpc., os créditos de natureza salarial, tornando a constrição ofensiva a direito líquido e certo do impetrante. segurança concedida.” (trt 2ª – ms 10829 – (2003000311) – sdi – relª juíza sonia maria prince franzini – doesp 28.02.2003)

Assim, corroborando com o entendimento acima, concedo a segurança para tornar sem efeito a ordem de bloqueio de valores da conta-salário da impetrante.

ACORDAM os Senhores Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por maioria, vencido Suas Excelências os Senhores Desembargadores Relator e Revisor, conceder a segurança para tornar sem efeito a ordem de bloqueio de valores da conta-salário da impetrante.

CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE
Desembargador designado para redigir o acórdão

GDCC\ACVW

ACÓRDÃO
RECURSO ORDINÁRIO

PROC. Nº 0070100-09.2011.5.13.0001

RECORRENTE: MARCELA ARAGÃO DE CARVALHO COSTA

RECORRIDOs: MARTORELLI ADVOGADOS e GOUVEIA ADVOGADOS

E M E N T A :

ADVOGADO. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. CONTRATO DE SOCIEDADE. ELISÃO. VÍNCULO DE EMPREGO CONFIGURADO. Configura-se de emprego a relação contratual na qual o advogado ingressa em escritório de advocacia após aprovação em entrevista, prestando labor sob poder diretivo patronal, com cumprimento de atividades previamente traçadas e avaliação de seu desempenho, sendo compelido a registrar a produtividade do trabalho e recebendo contraprestação pelos serviços, mormente quando fica comprovado que assinou contrato de sociedade, no qual ostenta a condição de sócio, após certo tempo de labor e como condição de continuidade do liame. Contribuem para afastar a hipótese de *affectio societatis* a verificação que o profissional tem participação irrisória e apenas simbólica no capital social (R\$ 0,10) e recebe pagamento de parcelas mensais fixas mais produtividade trimestral, encobertas sobre a denominação de *pro labore* e distribuição de lucros, sem ter conhecimento algum sobre a lucratividade da pessoa jurídica. O fato de ser o trabalhador um profissional qualificado não impede o reconhecimento de que, estando em situação desvantajosa perante o contratante, submeta-se às condições contratuais que lhe são impostas e que dão aparência de sociedade ao que é vínculo empregatício. Certamente a recusa à proposta apresentada representaria a perda de oportunidade de trabalho, do qual extrairá seu sustento.

Vistos etc.

Trata-se de recurso ordinário proveniente da 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, interposto nos autos da reclamação trabalhista proposta por MARCELA ARAGÃO DE CARVALHO COSTA em face de MARTORELLI ADVOGADOS e GOUVEIA ADVOGADOS.

O Juízo de origem rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada, carência de ação, litigância de má-fé e de inaceitabilidade do benefício da justiça gratuita e, no mérito, não reconheceu a pretendida relação de emprego entre as partes. Julgou improcedentes os pedidos formulados na presente reclamação trabalhista, condenando a reclamante ao pagamento das custas processuais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), porém dispensado-a do seu pagamento. Quanto à reconvenção, extinguiu-a sem resolução do mérito (seq. 172).

Não conformada, a reclamante interpõe recurso ordinário, aduzindo vasta argumentação para descaracterizar a condição de sócia acolhida pela sentença. Entre os pontos suscitados, encontra-se a ausência de poder de gestão e as constantes alterações no contrato social dos reclamados quanto à entrada e saída de supostos sócios. Alega, ainda, que a contratação era precedida de uma entrevista e depois de um treinamento, e o desenvolvimento das atividades ocorria com subordinação e controle de horário. Ao final, requerer o reconhecimento da relação de emprego e o pagamento de todos os títulos vindicados na exordial, afirmando que estariam suficientemente provadas suas alegações (seq. 180).

O primeiro reclamado apresenta contrarrazões, pugnando pelo não conhecimento do recurso, por violação ao princípio da dialeticidade, bem como alegando sua ilegitimidade para figurar no polo passivo. No mérito, pede a rejeição dos pleitos formulados no recurso ordinário (seq. 188).

Contrarrazões também pelo segundo reclamado (seq. 196).

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em face do que dispõem os arts. 31, § 1º, e 32 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, ARGUIDA PELO RECLAMADO MARTORELLI ADVOGADOS (JOÃO HUMBERTO DE FARIAS MARTORELLI) (seq. 188, p. 4)

O demandado alega que a recorrente não ofereceu impugnação específica aos fundamentos fático-jurídicos da sentença, sendo a hipótese de não conhecimento do apelo, nos termos da Súmula 422 do C. TST.

Razão não lhe assiste.

O recurso apresentado no seq. 180 expõe de forma motivada o inconformismo da recorrente com a sentença que negou o vínculo empregatício. A recorrente rebateu todos os fundamentos apresentados pela magistrada *a quo*, conforme se vê no seq. 180, pp. 4 e segs.

Isso posto, rejeito a preliminar e, preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

MÉRITO

Da ilegitimidade passiva do primeiro reclamado

O primeiro reclamado renova a tese ventilada em contestação e apreciada na sentença, de que não é parte legítima para compor a lide.

Argumenta que a recorrente nunca lhe alienou sua força de trabalho, ponderando que, tendo sido sócio do escritório Martorelli e Gouveia Advogados, retirou-se da sociedade em 21.02.2011, que modificou a razão social para Gouveia Advogados (segundo reclamado).

Reafirma a condição de sócia da reclamante no período de 01.08.2008 a 03.01.2011.

Acontece que as condições da ação devem se dar no plano abstrato, *in status assertionis*, ou seja, partindo-se da narrativa apresentada na inicial. Isto significa que, se a reclamante sustentou a existência de direito que entendeu violado

pelo reclamado, somente este pode apresentar pretensão oponível, obstativa ou modificativa da pretensão exordial.

Em outras palavras, o reclamado é parte legítima para figurar no polo processual passivo da demanda em questão.

Sua responsabilidade ou não pelo direito sustentado pela autora é questão a ser analisada no mérito propriamente dito, assim como todos os pleitos exordiais.

Do vínculo empregatício

A matéria principal do recurso refere-se à relação de emprego, negada na sentença ao fundamento de que a demandante participava, na qualidade de sócia, de sociedade de advogados regulamente constituída.

A recorrente insiste que a relação jurídica se enquadra na previsão dos artigos 2º e 3º da CLT e alega fraude do contrato social dos reclamados, que seria utilizado para travestir a relação de emprego.

Constata-se, dos autos, que, sob o aspecto formal, a reclamante ingressou, como sócia, na sociedade Martorelli e Gouveia Advogados em 01.08.2008, conforme primeira alteração do contrato social contida no seq. 3, pp. 145 a 161.

Referida pessoa jurídica alterou sua razão social para GOUVEIA ASSOCIADOS quando, em 03.01.2011, o sócio João Humberto de Farias Martorelli retirou-se da sociedade, conforme atesta a quarta alteração do contrato social (seq. 13, pp. 13 a 16).

A ação, na qual se discute a natureza jurídica do vínculo travado pela reclamante com o escritório acima mencionado, foi proposta em face de MARTORELLI ADVOGADOS e de GOUVEIA ADVOGADOS, cujos titulares são os sócios majoritários daquela sociedade.

Sem apreciar, neste momento, a pertinência do pleito em relação ao primeiro reclamado, o que será feito mais adiante, o fato é que houve contestação das duas pessoas jurídicas indicadas como réis, que trouxeram a debate várias questões pertinentes à relação travada com a reclamante na época.

Contrapondo-se ao alegado vínculo empregatício com o escritório Martorelli e Gouveia Advogados, foi juntado aos autos seu instrumento parti-

cular de primeira alteração e consolidação do contrato social (seq. 3, pp. 145 a 161), no qual consta o ingresso da reclamante, Marcela Aragão de Carvalho Costa, como sócia enquadrada na Classe B, com capital integralizado de R\$ 0,10.

Referida peça, frise-se, foi trazida ao caderno processual várias vezes, sem a mínima necessidade.

Nesse ponto, mostra-se pertinente uma pequena digressão apenas para destacar o tumulto processual causado pelas partes ao juntarem reiteradamente um mesmo documento, como o contrato social da empresa, as alterações contratuais ocorridas e o contrato de associação do escritório com uma advogada (Veruska Maciel Cavalcante). Esses são apenas os exemplos mais contundentes desse tipo de procedimento repetitivo e que dificulta a análise processual, trazendo peças desnecessárias ao processo, que, até o momento, conta com 2147 páginas de pdf, o que torna o arquivo pesado, dificultando a rolagem do texto e o “manuseio” do processo. É verdade que não haveria censura ao fato de ser juntada grande quantidade de peças processuais caso isso fosse importante à apreciação judicial, mas certamente tal fato não ocorre quando documentos já existentes nos autos, muitas vezes com várias laudas, são novamente colocados seguidas vezes, sem nenhuma utilidade. Conquanto seja certo que o processo eletrônico tem, como uma de suas características, a facilitação de juntada de peças, tornando mais acessível às partes e seus advogados a apresentação de petições e a própria consulta dos autos, contribuindo para a celeridade processual, esse mesmo mecanismo pode ser erroneamente utilizado, acarretando efeito inverso, ao dificultar a análise do processo como no caso aqui exposto. Lamentável o fato principalmente quando se constata que a demanda não apenas é patrocinada por advogados, mas conta com esses profissionais integrando os polos ativo e passivo da lide. Tratando-se de operadores do direito, afigura-se relevante que parta deles o exemplo de atuarem de forma objetiva quando buscam apresentar elementos probatórios em defesas de sua tese, evitando dificultar a análise dos autos.

Retornando ao caso trazido à discussão do Colegiado, constata-se que a defesa apresentada pelos reclamados demonstrou a existência de um contrato formal assinado pela reclamante, integrando o escritório de advocacia como sócia, embora minoritária.

Esse elemento transfere à autora o ônus da prova de desconstituir a presunção de veracidade da prova documental, do qual se desincumbiu a contento.

O ponto fulcral da controvérsia trazida a juízo pode ser de logo fixada como a presença ou não de subordinação jurídica entre as partes, o que é excludente da *affectio societatis*, elemento volitivo manifestado pela pessoa que deseja formar ou integrar uma sociedade, na qualidade de sócio.

Aliás, pela definição do Código Civil, art. 981, “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

No caso dos autos, fica de logo evidente que o ingresso da autora no quadro de advogados do escritório ocorreu em circunstâncias que afastam a hipótese de que existiria esse ânimo.

A exemplo do que acontecia com outros advogados que eram admitidos pela empresa, a assinatura do contrato de sociedade era uma formalidade exigida do profissional.

A primeira testemunhas apresentada pela autora se reportou ao fato, afirmando “que o depoente assinou porque sentiu que se não o fizesse perderia o posto de trabalho” (seq. 123, p. 1).

É o que se extrai, igualmente, da ata de instrução do processo 0038400-15.2011.5.13.0001, juntada no seq. 122, pp. 1 a 9, no qual outro advogado litiga contra os reclamados.

Ali, a testemunha Ricardo da Costa e Sousa menciona que “foi entregue ao depoente um contrato social no qual o depoente figurava como sócio, tendo sido obrigado a assinar o contrato, caso contrário não permaneceria trabalhando no escritório” (seq. 122, p. 2).

Não bastasse isso, fica patente também que os advogados eram submetidos a uma entrevista profissional antes de ingressarem no escritório.

Nos presentes autos, a testemunha Haroldo Abath do Rego Luna Neto afirma “que para admissão fez uma entrevista com Cristiane Queiroz, uma prova escrita e, enfim, uma entrevista com o Sr. Samuel” (seq. 123, p. 2).

Já no processo há pouco referido, além de a testemunha do autor mencionar o fato, (seq. 122, p. 2), a primeira testemunha apresentada pelo réu Gouveia Advogados disse que “soube da existência de vagas no escritório, através de um colega que ali já trabalhava, ocasião em que a depoente apresentou currículo, foi submetida a entrevistas e depois foi convidada para integrar a sociedade” (seq. 122, p. 5).

A situação foi confirmada, ainda, pela segunda testemunha patronal, ao afirmar “que a depoente tomou conhecimento da vaga existente no escritório por meio de um colega de nome VANINE, que ali também trabalhava; que a depoente fez uma entrevista e logo em seguida passou a integrar a sociedade, não se recordando se apresentou currículo” (seq. 122, p. 7).

Fica muito perceptível, nesse contexto, que a sociedade, já plenamente estabelecida, abria vagas para candidatos interessados em trabalhar como advogados, que eram avaliados e contratados para a prestação do labor, caso apresentassem o perfil adequado ao escritório.

Daí decorre o grande afluxo de novos advogados à sociedade e a rotatividade do suposto quadro social, pela entrada e saída constantes desses profissionais.

É nítida a existência de uma seleção do candidato a emprego, e não a confluência da vontade de pessoas em igualdade de situação, que resolvem juntar esforços para um fim social lucrativo.

Não se venha argumentar, a propósito, que os advogados, em razão de sua formação jurídica e do conhecimento técnico que detinham, manifestavam livremente sua vontade ao assinar o contrato social, não podendo arguir que estavam sendo enganados.

Certamente, tais profissionais tinham consciência de que o documento apresentado pela sociedade para assinatura visava a mascarar o real contrato de trabalho existente.

No entanto, é ingênuo pensar que o conhecimento jurídico que detinham era suficiente para fazê-los rejeitar a avença tal como proposta, porque não se pode esquecer que a recusa representaria a perda de oportunidade de emprego, sendo certo que a necessidade de colocar-se no mercado de trabalho, de estar emprega-

do e de obter meios para seu sustento é circunstância que também está presente na vida de profissionais mais qualificados.

Convém pontuar, inclusive, que o contrato social era assinado após algum tempo da prestação laboral. É o que relatam as testemunhas Ricardo da Costa e Haroldo Abath e, no caso da reclamante, é o que se extrai da contestação apresentada pela segunda reclamada, quando afirma o seguinte:

A autora ingressou como sócia na sociedade MARTORELLI E GOUVEIA ADVOGADOS em maio de 2008. Naquela época tal escritório era uma sociedade de fato, sem atos constitutivos e funcionava como sociedade informal. Já em 01.11.2008 com crescimento do negócio e das suas atividades, houve a formalização da sociedade – conforme demonstra a prova documental anexa (seq. 48, p. 9).

Acontece que a prova dos autos demonstra a assinatura do instrumento de constituição da sociedade em 01.10.2007, sem que, logicamente, a reclamante compusesse a sociedade (seq. 3, pp. 2 a 18). Apenas na primeira alteração da sociedade, proposta inicialmente em 01.08.2008 (seq. 3, pp. 145 a 161) e reiterada em 01.11.2008 (seq. 2, pp. 120 a 135), é que a reclamante ingressou como sócia.

Diante disso, questiona-se como, apenas depois de já estar em curso há meses o liame, o advogado admitido vinha a manifestar o ânimo de ser sócio?

Fica muito perceptível que esse período antecedente à assinatura do documento tinha verdadeira natureza de contrato de experiência tácito, para contratação efetiva do trabalhador.

Há referência, inclusive, a submissão de advogados a treinamento, como mencionado na prova testemunhal do processo 00384.2011.001 (seq. 122, p. 3).

Observe-se que, de um lado da relação jurídica, há um escritório de advocacia já estabelecido e com capital formado e, do outro, advogados selecionados por meio de entrevista, que contribuem para a sociedade com a entrada irrisória de R\$ 0,10 para integralizar o capital.

É nítido que os novos “sócios” nada integram a não ser seu trabalho, sendo, em contrapartida, remunerados.

Acerca dessa questão, convém pontuar que a defesa argumenta, com base no contrato social, que os advogados recebem um *pro labore* e uma distribuição de lucros.

O primeiro reclamado, aliás, afirma o seguinte:

A remuneração do sócio, pois, era composta de três parcelas. A uma, no valor de R\$ 545,00, a título de *pro labore mensal* visando à manutenção do vínculo previdenciário do sócio. A duas, o adiantamento *mensal* de distribuição de lucros, e, finalmente, a três, o rateio *trimestral* do quanto coubesse a cada um dos sócios (seq. 45, p. 9).

O contrato social, por sua vez, dispõe, nas cláusulas décima e décima primeira, que, “Além do sócio-gerente, os sócios cotistas que efetivamente prestarem serviços à sociedade poderão perceber um **pro labore** mensal”, e que “As participações dos sócios nos honorários e nos resultados auferidos pela sociedade independem da participação de cada um no capital social” (seq. 3, p. 155).

A segunda testemunha conduzida pelo reclamado Gouveia Advogados, Sra. Denise Santa de Brito, por sinal, era uma secretária do escritório responsável pelo “trabalho de ordem econômico-financeira”, com incumbência “de passar a todas as pessoas que trabalhavam no escritório o seus ganhos mensais, cujos ganhos a depoente recebia devidamente apurados da gerência da sociedade no Recife/PE”. Referida depoente afirmou, em juízo, “que cada advogado recebia um salário mínimo por mês como *pro labore* e outro valor, também mensal, como distribuição de lucros, de uma certa importância também fixa” (seq. 147, p. 2).

Várias questões vêm à tona a partir da leitura desses textos. Primeiramente, é muito significativo o pagamento de uma parcela fixa, independentemente do nome que lhe seja dado, no valor de um salário mínimo ao profissional, e que a outra parcela mensal, relativa à “antecipação” de lucros, também seja fixa.

Diante da descrição dessa forma de pagamento, mostra-se bastante esclarecedora a alegação da testemunha Haroldo Abath do Rego Luna Neto, de

que havia patamares salariais estabelecidos para os advogados, de acordo com alguns requisitos, como tempo de serviço no escritório e de registro na OAB, de forma que cada um desses profissionais recebia pagamento de uma parcela fixa correspondente a um salário mínimo e outra também fixa equivalente à “diferença relativa ao que era fixado para a categoria do advogado” (seq. 123, pp. 1 a 2).

É muito estranho que a participação dos sócios nos honorários e resultados auferidos pela sociedade não tem relação com o capital social, como consta no contrato, quando essa é a regra básica das retiradas dos sócios, atribuindo-se a cada um certa parcela do lucro, na proporção de sua participação no capital.

No caso dos advogados admitidos na sociedade em referência, no entanto, não era assim.

A Sra. Denise Santana, inclusive, acrescenta esclarecimentos relevantes, quando afirma:

que além desta parte fixa, chamada pro labora, da outra parte fixa, denominada participação de lucros, ambas mensais, havia uma outra contraprestação para os advogados que era repassada de 03 em 03 meses, cujo valor era variável, **complementar da produção, dependendo do trabalho prestado por cada advogado** nas suas equipes e da forma de pagamento dos clientes para suas equipes (seq. 147, p. 3).

Fica bastante claro, portanto, que a parcela mensal aparentemente denominada de distribuição de lucros e a trimestral, que também teria essa natureza, na verdade, nada mais são do que retribuição da produtividade do profissional.

A alegação de que havia um rateio de lucros, nesse contexto, não se sustenta.

Aliás, disse o preposto do primeiro reclamado “que a participação nos lucros não é a mesma para quem tem o percentual de 0,01%, ela é variável **dependendo do trabalho com relação ao cliente**” (destaque acrescido - seq. 117, p. 3), ou seja, fica mais uma vez evidenciado que o pagamento estava vinculado ao trabalho desempenhado, tendo natureza remuneratória.

A propósito, onde estão os elementos para demonstrar qual seria o efetivo lucro da sociedade?

Nenhum sócio da Classe B, como a reclamante, tinha conhecimento a esse respeito.

Mais uma vez, convém transcrever trecho do depoimento do preposto do primeiro reclamado, quando disse “que na sociedade da Paraíba não havia registro em ata de reunião entre os sócios quando discutiam participação nos lucros”, afirmando, ainda, “que a contabilidade relativa aos lucros, o relatório apurado, não era normativamente distribuídos aos advogados”, embora tenha acrescentado “que se algum advogado solicitasse, com certeza, a sociedade passaria” (seq. 117, p. 3).

As demais provas coligidas, todavia, revelam que não havia acesso dos advogados a essas informações.

Não há documentos a esse respeito nos autos, e as testemunhas também nada souberam dizer quanto a isso.

Saliente-se que, uma vez questionado o conhecimento dos sócios sobre os lucros obtidos, cabia à defesa provar sua ocorrência, mas assim não procedeu.

Ademais, repita-se que a testemunha patronal, Denise Santana, sustentou que os ganhos das pessoas que trabalhavam no escritório vinham devidamente apurados da gerência da sociedade no Recife/PE (seq. 147, p. 2).

Inconsistente, como se vê, a alegação de que os pagamentos realizados aos sócios de Classe B, como a reclamante, tinham alguma relação com o lucro societário.

Além de não deterem conhecimento da rentabilidade do escritório, ditos profissionais efetivamente não tinham autonomia, havendo robusta prova de que eram dirigidos e avaliados pelos dirigentes do escritório.

Por sinal, a sociedade tinha como gestor o Sr. Samuel Marques, amplamente citado nos depoimentos, e contava com uma estrutura hierárquica bastante organizada, sendo os advogados divididos em equipes de trabalho, destacadas para acompanhar determinados clientes, sob o comando de um coordenador. Relevante observar, a esse respeito, os relatos das testemunhas patronais (seq. 147, pp. 1 a 3).

A primeira testemunha da reclamante esclarece que as tarefas eram repassadas para os advogados através de e-mail, havendo a obrigatoriedade

de comparecerem ao escritório e registrarem suas atividades diárias por meio da ferramenta “time sheet” (seq. 123, p. 2).

A depoente Denise Santana, reportando-se especificamente à autora da presente ação, afirmou que ela, “ao que pode observar, tinha obrigação de comparecer ao escritório diariamente, a não ser que tivesse alguma atividade resultante do seu trabalho no escritório fora do seu espaço físico” (seq. 147, p. 3).

Acerca do sistema “time sheet”, a segunda testemunha da vindicante também se reportou a esse mecanismo de registro de atividades (p. 4), bem como o Sr. Ricardo da Costa, ouvido no processo 384.2011.001, o qual afirmou “que o programa de lançamento da jornada exigia que fossem informados padrões mínimos de atendimento, como, por exemplo, ligação telefônica, recebimento de email, elaboração de peças”.

O primeiro reclamado argumentou o seguinte:

O “registro de controle de jornada” mencionado pela autora nada mais é que uma ferramenta de faturamento e de controle da rentabilidade dos contratos da sociedade de advocacia. Ao contrário do que arditosamente alega a reclamante, o “*time sheet*” é um *software* desenvolvido para que os advogados registrem de forma pessoal, sem qualquer controle ou ingerência da sociedade, o tempo agregado para a realização das atividades em benefício dos clientes, cujos contratos se encontram sob responsabilidade do sócio respectivo. Assim se pode viabilizar a cobrança de honorários por hora bem como é possível se acompanhar a respectiva rentabilidade dos contratos (seq. 46, p. 17).

Ora, mesmo que a ferramenta sob comento sirva aos propósitos societários de mensurar o trabalho realizado para os clientes e o resultado obtido possa ser utilizado em negociações sobre honorários, antes de mais nada, ela identifica a produtividade do advogado, servindo como elemento fiscalizador da sociedade sobre seu trabalho, como revelou a prova oral já citada. Tanto é assim que era obrigatório seu uso.

Mesmo que se considerasse a possibilidade de não inserir as informações no sistema logo que prestado o trabalho, acumulando-as para posterior inserção, ainda assim fica evidente a finalidade de utilização da ferramenta para controle do empregador.

Assim, quando a testemunha patronal Mariana de Lima Fernandes Guedes, ouvida no processo 384.2011.001, afirma “que era possível lançar informações no TIME SHEET retroativas a 3 meses” (seq. 122, p. 5), essa alegação se casa perfeitamente com o fato de que havia o pagamento de supostos lucros trimestrais, os quais nada mais eram que contraprestação pelo resultado do trabalho no período.

Diga-se também que a avaliação de desempenho juntada à exordial (seq. 1, pp. 15 e 16) contou com impugnação dos dois reclamados, com argumentos que são, na verdade, favoráveis à reclamante.

O primeiro reclamado, embora se reporte à falta de assinatura do documento, afirma que esse tipo de avaliação é um mecanismo que “observa a prática moderna das organizações, por meio da qual todos os integrantes da sociedade, sócios ou não, são avaliados, *por si* e por seus pares, de sorte a se identificar habilidades e desenvolvimento, possibilitando adequar cada colaborador à função na qual puder proporcionar maior e melhor resultado para a organização, imediatamente, e para o próprio sócio, mediamente” (seq. 46, p. 35).

A defesa do instrumento de avaliação equivale, como se vê, ao reconhecimento de sua utilização.

O segundo reclamado, por sua vez, diz que a peça parece com um formulário interno da sociedade e serve para avaliar o desenvolvimento e interação entre os sócios (seq. 48, p. 29).

A consulta de referido documento, no entanto, revela um inequívoco instrumento de avaliação patronal, no tocante às competências do trabalhador (formação acadêmica, extensão técnica, línguas) e atributos profissionais, como capacidade empreendedora, trabalho em equipe, aprendizagem contínua, **capacidade de trabalho sob pressão**, comunicação, orientação para resultados, liderança pessoal, organização e planejamento, visão sistêmica. Há um espaço para pontuações a serem atribuídas em auto-avaliação, avaliação do coordenador e avaliação do titular. Além disso, existe um campo destinado ao plano de ação individual, com foco no desenvolvimento

da autonomia e resolução de problemas, na orientação para resultados e na melhora desses resultados (seq. 1, pp. 15 e 16).

Nesse contexto, fica difícil, senão impossível, negar a subordinação jurídica dos advogados contratados às diretrizes de seus titulares.

Nunca é demais lembrar a relevância do princípio da primazia da realidade na análise dos casos controvertidos submetidos à Justiça do Trabalho, em razão da sua relevância, pois importa para Direito Laboral, antes de tudo, o que acontece no mundo dos fatos. Essa diretriz deve ser sempre lembrada mesmo quando a alegação de um vínculo empregatício parta de um profissional qualificado que formalmente tenha entabulado contrato de natureza diversa ao contrato de trabalho, pelas razões já expostas.

A propósito do tema discutido nestes autos, convém citar as seguintes decisões proferidas em casos análogos:

VÍNCULO DE EMPREGO – PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA – Um dos princípios basilares do Direito do Trabalho é a Primazia da Realidade sobre a Forma. No presente caso, a subordinação dos Advogados salta aos olhos, na medida que o "dono" dos escritórios detinha o poder de mando sobre os demais advogados, impondo-lhes o cumprimento de horários e normas. É relevante destacar que a remuneração dos Reclamantes, sob a roupagem de distribuição de lucros ou pró-labore, trata-se de salário. Pode-se, até admitir que seria por produção, conforme o número de ações ou peças em que trabalhava o advogado, contudo, é salário e não foi reconhecido pelos reclamados, com mero intuito de diminuir o custo de contratação dos advogados. (TRT 03ª R. – RO 1060/2009-024-03-00.0 – Rel. Juiz Conv. Maurilio Brasil – DJe 13.12.2010 – p. 199)

ADVOGADO SÓCIO X ADVOGADO EMPREGADO – É advogado empregado aquele que, embora conste do contrato social como titular de apenas 1% das ações, não participa dos atos de administração do escritório de advocacia, recebendo salário fixo e pequeno percentual sobre os honorários sucumbenciais, dos quais havia

deduções relativas a impostos e despesas de escritório. Com efeito, não restou comprovado que o advogado Reclamante participava dos honorários contratuais, nem mesmo dos lucros e dividendos, além de ter se desligado porque não tinha mais disponibilidade para fazer viagens, o que revela mais ainda seu estado de dependência e subordinação. Mantém-se a sentença que reconheceu o vínculo. (TRT 18ª R. – RO 0000970-95.2010.5.18.0010 – 1ª T. – Rel. Des. Júlio César Cardoso de Brito – DJe 09.12.2010 – p. 1)

ADVOGADO EMPREGADO – SOCIEDADE DE ADVOGADOS – **A retribuição invariável, sempre no dia primeiro de cada mês, denota assunção integral dos riscos do empreendimento pelo empregador e gerenciamento de expectativas dos advogados empregados**, mormente quando se considera a concessão de "antecipação de honorários". Além disso, salienta-se que os honorários eram contratados somente pela sociedade de advogados e, acaso o empregado levasse algum cliente, a verba honorária seria dividida com o escritório (art. 21, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94). No mais, foi demonstrada **a habitualidade (serviços ao longo de toda a semana), observância de horário**, impossibilidade de realizar serviços em casa e manifestação do poder diretivo (fiscalização e penalidades), razões pelas quais se impõe a manutenção do reconhecimento do vínculo empregatício. Recurso não provido neste tópico. (TRT 02ª R. – RO 03747-2005-028-02-00-7 – (20101115517) – 14ª T. – Rel. Juiz Adalberto Martins – DOE/SP 10.11.2010)

Acrescento mais algumas considerações que se mostram relevantes.

Quando a sociedade Martorelli e Gouveia Advogados formulou pedido de alteração do contrato social à OAB, essa entidade pronunciou-se, em 15 de outubro de 2008, afirmando que o documento, no inciso 1.4, parágrafo terceiro, apenas concedia aos sócios da Classe A o exercício de voto, excluindo os da classe B, o que infringia as normas aplicáveis ao caso (seq. 2, p. 117).

Tratava-se do contrato que se encontra no seq. 3, pp.146 a 161, elaborado em 01.08.2008, no tópico que dá nova redação à CLÁUSULA TERCEIRA, PARÁGRAFO TERCEIRO (vide pp. 148 e 149).

Em 01.11.2008, a sociedade peticiona à OAB, afirmando ter sanado o problema (seq. 2, p. 120). A primeira alteração do contrato social estava pronta, assinada nessa mesma data (01.11.2008), tendo sido eliminada de seu texto referida disposição (seq. 2, pp. 121 a 135). Observe-se que a CLÁUSULA TERCEIRA passou a conter apenas dois parágrafos (vide pp. 125 e 126).

Pois bem. Com isso, os sócios da Classe B, com R\$ 0,10 do capital social cada um, teoricamente passaram a ter direito a voto, sendo tratados em igualdade de condições com os de Classe A.

Ocorre, no entanto, que os sócios majoritários detinham, de todos os minoritários, uma procuração dando-lhes amplos poderes, entre os quais “praticar e assinar qualquer ato decorrente da qualidade de sócio das aludidas sociedades, inclusive votar e ser votado” (seq. 10, pp. 65 a 83), o que serve para burlar a regra societária e conferir aos outorgados amplos poderes de administração da pessoa jurídica, sem aval ou conhecimento dos demais supostos “sócios”.

Aliás, quando o sócio João Humberto de Farias Martorelli se retirou da sociedade, embora os advogados contratados tenham assinado a alteração contratual que registra essa circunstância, na verdade, foram apenas comunicados do fato, facultando-se-lhes escolher com qual sócio majoritário queriam ficar, não havendo reunião com todos os associados a esse respeito, como afirmou o representante do segundo reclamado (seq. 117, pp. 3 e 4).

Isso demonstra, mais uma vez, que, como subordinados, apenas tomavam conhecimento dos rumos da sociedade, mas nada decidiam. Ostentavam formalmente, portanto, a qualidade de sócios, mas eram, na verdade, empregados do escritório.

É certo que ocupavam uma situação hierarquicamente mais alta que os empregados da parte administrativa, circunstância relatada na prova oral, mas isso certamente se deve ao fato de serem trabalhadores mais qualificados e que lidavam com a atividade-fim do empreendimento.

A propósito, a subordinação jurídica no caso de profissionais com maior qualificação e/ou detentores de postos de maior hierarquia efetivamente

não apresenta o mesmo perfil daquelas situações em que o laborista desempenha tarefas mais singelas e de apoio. Neste caso, o poder diretivo patronal é mais preciso, concreto e direto. Já com aqueles profissionais, os traços de subordinação são mais refinados e muitas vezes utilizam mecanismos de controle modernos e inseridos na própria rotina de trabalho, sendo de pleno conhecimento do trabalhador porque decorrem das diretrizes patronais contratualmente ajustadas e por ele seguidas.

Não é demais ponderar que, atualmente, os métodos de sujeição do trabalhador a empregador vêm sofrendo mudanças em seu contorno, fazendo surgir a figura da subordinação estrutural, consubstanciada na inserção do trabalhador na dinâmica da empresa, independentemente de receber suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Trata-se de feição ainda mais aprofundada do conceito da subordinação objetiva, segundo a qual a sujeição do empregado atua sobre o modo de realização dos serviços e não sobre a figura do trabalhador.

Não causa estranheza, portanto, que a reclamante, profissional qualificada, desempenhe seu labor remunerado para uma sociedade de advogados de forma subordinada, mesmo que detentora de certa liberdade de atuação.

Ademais, conforme demonstrado exaustivamente nas linhas pretéritas, as evidências das limitações a ela impostas são flagrantes, revelando sua subordinação jurídica ao escritório contratante.

E pontue-se que a falta de exclusividade do profissional em relação ao empregador não elide a presença do contrato de trabalho, sendo perfeitamente compreensível a prestação de labor subordinado e o desempenho de outras atividades, sob vínculo de emprego ou não.

Não há também dúvidas sobre a onerosidade (já comentada), a continuidade do labor e a pessoalidade, convindo frisar, sobre esta, que não pode ser ela afastada pelo simples fato de a profissional poder fazer-se substituir por algum colega do escritório em questões relacionadas a clientes ou a algum outro compromisso, pois esse elemento caracterizador do contrato de trabalho é extraído da relação entre o empregado e o empregador, não entre aquele e os clientes deste.

Assim, a toda evidência, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício da reclamante com o escritório atualmente denominado Gouveia Advogados, antes chamado Martorelli e Gouveia Advogados.

Não há responsabilidade a ser atribuída, no entanto, ao primeiro reclamado, como empregador, pois a pessoa jurídica Martorelli Advogados jamais foi empregadora da reclamante. Seu titular, a pessoa física João Humberto de Farias Martorelli, realmente integrou a sociedade empregadora, mas dela se retirou, o que não implicou extinção da empresa, mas tão somente mudança de sua razão social, como já visto.

A reclamação trabalhista, portanto, é realmente improcedente quanto ao primeiro reclamado.

O vínculo deve ser anotado pelo segundo reclamado na CTPS da reclamante, como advogada, observando-se o intervalo de 01.05.2008 a 31.03.2011.

A autora sustentou que o liame perdurou de 24.04.2008 a 31.03.2011 (seq. 1, p. 2), tendo o segundo reclamado discordado apenas quanto à data de ingresso, apontando o mês de maio de 2008 (seq. 48, p. 11).

Inexistindo prova favorável à tese preambular nesse aspecto, prevalece, portanto, a data extraída das alegações da defesa, quanto ao início do pacto.

É preciso investigar, ainda, qual seria a real remuneração da autora, para efeito de anotação na sua CTPS.

Na exordial, consta que a reclamante recebeu, como última remuneração, o valor de R\$ 4.019,74, composto de R\$ 545,00 mais R\$ 3.474,74, sob a denominação de RPS e distribuição de lucros, mas que não se enquadrariam no disposto na Lei 10.101/2000, por falta de instrumento coletivo regulamentador (seq. 1, p. 5).

De logo, rechaça-se a aplicação, ao caso, de referido diploma legal, que trata da participação de empregados em lucros e resultados da empresa, pois ficou demonstrado que a verba sob comento estava vinculada ao resultado do trabalho.

Em conjunto com a preambular, foram apresentados quatro recibos de pagamento (seq. 1, pp. 17 e 18), um identificado como “Demonstrativo de Pagamento de Pro-Labore”, no valor do salário mínimo vigente, e três outros consignando o chamado RPS (recibo de pagamento a sócios), que a defesa atribuía à distribui-

ção de lucros, mas, na verdade, era parcela também vinculada ao desempenho do empregado, como visto em linhas anteriores.

Pois bem. Extrai-se dos autos que o pagamento mensal era constituído de duas parcelas, ao passo que existia a percepção trimestral de uma outra.

Os recibos acima referidos, por sua vez, dizem respeito justamente ao término de um trimestre, pois o pseudo pro labore é referente a março de 2011 e os RPSs foram pagos na primeira semana de abril de 2011.

Conclui-se, portanto, que tais RPSs incluem não só a segunda parcela fixa mensal que era paga, mas também a trimestral.

Assim, não pode ser considerada a remuneração da autora como simples resultado da soma de todos os valores contidos nos referidos documentos.

A parcela referente ao trimestre deve ser dividida por três para chegar-se ao correspondente mensal a ser considerado no cálculo do salário da reclamante.

Resta saber qual foi o valor pago para quitar essa parcela, sendo pertinente a consulta à prova oral para extrair-se algum indicativo a esse respeito.

Em juízo, a reclamante afirmou que recebia, por mês, um salário mínimo mais outra parcela fixa, “que totalizava R\$ 1.350,00” (seq. 117, p. 2).

Essa informação mostra-se compatível (por aproximação) com o somatório dos valores contidos no recibo de pro labore (R\$ 545,00) e nos dois últimos recibos de RPS juntados à inicial (R\$ 574,59 e R\$ 195,15), que alcança R\$ 1.314,74.

Seguindo esse raciocínio, chega-se à conclusão que o recibo de R\$ 2.705,00 corresponde à parcela trimestral que, dividida por três meses, resulta no valor mensal de R\$ 901,67.

Sendo assim, conclui-se que a reclamante fazia jus, mensalmente, a um salário mínimo historicamente vigente acrescido de um valor a título de produção correspondente, em média, a R\$ 1.671,41 (somatório de R\$ 901,67, R\$ 574,59 e R\$ 195,15).

Sabendo-se que, na época da admissão da autora, o salário mínimo equivalia a R\$ 415,00, ao qual se soma essa segunda parcela, fica fixada a quantia de R\$ 2.086,41 como remuneração inicial a ser anotada na CTPS da autora.

Da verbas rescisórias e outras parcelas trabalhistas

O pleito de verbas rescisórias merece acolhimento.

A falta de regularização do contrato de trabalho, com registro em CTPS, bem como a ausência de pagamento de verbas próprias da relação empregatícia e recolhimentos previdenciários pertinentes, por longo período, como afirmado pela autora, justifica a ruptura contratual nos termos do art. 483, *d*, da CLT.

É verdade que a primeira testemunha apresentada pela autora afirmou que, quando deixou de trabalhar para a sociedade, a reclamante já havia lido “que já havia comunicado ao escritório que iria sair”, tendo deixado de trabalhar por sua vontade (seq. 123, p. 2).

Isso é bastante compreensível exatamente no contexto de insatisfação da obreira com o desrespeito aos seus direitos trabalhistas, apenas reforçando a conclusão acerca da rescisão indireta.

Destaque-se que essa conclusão não tem por base o disposto na alínea *a* do art. 483 da CLT, citado na exordial, porque, como visto, não há comprovação de que foram exigidos serviços superiores a suas forças.

A alegação preambular é acolhida com base no descumprimento das obrigações patronais já referidas acima e também mencionadas nos fundamentos do pedido da autora.

Devidas, portanto, as seguintes verbas: aviso prévio, FGTS mais 40% e multa do art. 477 da CLT.

A ampla controvérsia sobre a pertinência das verbas rescisórias postuladas afasta a incidência da multa prevista no art. 467 da CLT.

Indevido o pleito de saldo de salário, porque os recibos de pagamento trazidos pela autora demonstram que foi devidamente quitada a contraprestação de março de 2011 (seq. 1, pp. 17 e 18).

Não houve comprovação de concessão e pagamento de férias, tampouco de quitação de 13º salários, fazendo jus a obreira à sua concessão.

As férias deferidas observam o seguinte: em dobro quanto ao período 2008/2009 e simples em relação a 2009/2010 e 2010/2011.

A gratificação natalina é proporcional a 8/12 em 2008, integral em 2009 e 2010 e proporcional a 4/12 em 2011.

Observe-se, em relação a essas duas últimas verbas, a inclusão do período de aviso prévio na contagem do período contratual.

Dos pleitos relacionados à jornada

A recorrente postula horas extras afirmando ter ficado provado o cumprimento de jornada extensa, devido ao grande volume de trabalho, sempre monitorado por e-mails, sendo necessário realizar serviços também em casa nos finais de semana e feriados e em horários de almoço, sacrificando o intervalo intrajornada.

Antes de mais nada, é importante observar que, sendo de emprego o vínculo entre as partes e contando o empregador com mais de dez empregados, o ônus da prova de apresentar os controles de jornada a princípio seria da parte ré (CLT, art. 74, § 2º c/c Súmula 338, I, do TST).

No entanto, a presunção de veracidade da jornada contida na inicial, quando descumprida essa regra, é relativa, devendo-se observar a coerência da informação fornecida pela parte autora, no contexto dos fatos narrados nos autos.

A propósito, sustentou a autora que trabalhava das 8h30 às 21h00, de segunda a sexta, com uma hora de intervalo intrajornada, e, em três sábados por mês, das 9h00 às 14h00, além de trabalhar em casa no outro sábado e nos finais de semana (seq. 1, p. 3).

Essa jornada, no entanto, não se revela razoável, principalmente diante da constatação de que ela trabalhava não só em benefício do escritório, mas também patrocinava outras causas sem qualquer relação com seu vínculo empregatício, como se observa, a título de exemplo, no sequencial 56, p. 2 e seguintes. Certamente que seu labor semanal precisava ser distribuído em razão de seus próprios interesses, e não só dos da sociedade, não sendo crível que conseguisse cumprir jornada tão extensa para seu empregador.

Também em razão dessa demanda de serviços particulares, é compreensível que a autora tenha necessitado realizar trabalho em casa e em finais de semana, não vingando a tese exordial acerca da vinculação desse trabalho às exigências da sociedade de advogados.

Diante dessas circunstâncias, impõe-se o não acolhimento sumário da jornada declinada na exordial, fazendo-se analisar o conjunto probatório

como um todo, a fim de averiguar se podem ser dele extraídas informações que esclareçam a jornada da autora.

A primeira testemunha apresentada por ela nada disse sobre horário de trabalho (seq. 123, pp. 1 a 3), e a segunda afirmou laborar das 7h30 às 19h00, sem horário de almoço, indicando ser esse também o horário da autora (pp. 3 a 4), fato que discrepa totalmente da inicial, invalidando a prova.

Quanto ao depoimento da testemunha Ricardo da Costa e Sousa, amplamente citado pela reclamante, é importante frisar que foi tomado em processo distinto. Assim, quando ele afirma “que o horário do reclamante era semelhante ao do depoente”, reporta-se à parte daqueles autos (seq. 122, p. 2).

A propósito, sua jornada é distinta daquela apontada pela autora, pois ele indica labor “das 8h às 19:30h/20h, de segunda a sexta” e também “das 9h às 16h/16:30h”, aos sábados (idem).

Nesse contexto, outros critérios são necessários para fixar a jornada da obreira.

Sabendo-se que ela era obrigada a comparecer diariamente no escritório, que o trabalho era realizado em equipe (o que pressupõe a presença concomitante de seus integrantes) e que o estabelecimento deveria estar aberto aos clientes em horário comercial, para atendimento dos profissionais, considero razoável fixar a jornada das 8h30 (observância ao horário de entrada fixado na exordial) às 18h00, com uma hora de intervalo intrajornada, de segunda a sexta-feira.

Embora tenha sido mencionado que o escritório era aberto aos sábados, convém frisar que o advogado Ricardo da Costa e Souza (prova emprestada), reportando-se ao trabalho em referidos dias, afirmou que isso ocorria “principalmente por causa de um contrato recém firmado com a ENERGISA” (seq. 122, p. 2).

Fica evidente, portanto, que essa circunstância era algo pontual, relacionado a determinado contrato com um cliente com o qual ele, depoente, tinha passado a trabalhar. Não há indicação, no entanto, que tal fato abrangesse a situação da autora.

A recorrente afirma que sua jornada máxima deveria ser de quatro horas diárias, porque não trabalhava com exclusividade (seq. 180, p. 22).

Realmente, a Lei nº 8.906/94, art. 20, prevê que “A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a

duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva”.

Acontece que o fato de a reclamante patrocinar causas sem vinculação com o escritório não afasta a pactuação entre ela e a sociedade quanto à exclusividade. É plenamente possível que ela estivesse agindo em dissonância com o que fora estabelecido.

E é isso que realmente se conclui nos autos, tanto é assim que ela se insurge contra a prova coligida pela defesa, quanto a processos que teria patrocinado durante o vínculo, que não guardariam relação com o empregador (seq. 180, pp. 11 e seguintes).

Ora, em dado momento, a autora nega a exclusividade e em outros tenta demonstrar que não advogava em processos alheios à sociedade, agindo, portanto, de acordo com sua conveniência, o que não se pode aceitar.

Saliente-se que o contrato de sociedade, embora não espelhasse a realidade quando atribuía aos advogados contratados a qualidade de sócios, diante da constatação do vínculo empregatício, não deixa de ser esclarecedor quanto ao ponto ora debatido.

É que nele consta que “Nenhum sócio poderá exercer a advocacia autonomamente, salvo mediante prévia e escrita autorização da sociedade para cada caso específico” (seq. 2, p. 125).

Percebe-se que a quebra da exclusividade, além de excepcional, devia contar com autorização específica, não provada nos autos.

A disposição contratual, portanto, embora não dirigida efetivamente para sócios, e sim empregados, é bastante clara no tocante à exceção legal à jornada reduzida, o que se mostra coerente com a postura da autora de tentar negar o patrocínio das causas apontadas pela defesa.

Concluindo-se que a contratação da autora previa regime de dedicação exclusiva, subentende-se que a ela se aplica o limite regular de jornada de oito horas diárias.

Nesse contexto e considerando-se o cumprimento de trabalho das 8h30 às 18h00, com uma hora de intervalo intrajornada, de segunda a sexta-feira, conclui-se que ela prolongava sua jornada por trinta minutos diariamente ou duas

horas e trinta minutos por semana, fazendo jus ao correspondente pagamento das horas extras com adicional de 100%, previsto na Lei nº 8.906/1994, art. 20, § 2º.

Diante da habitualidade do labor extraordinário, são devidos, ainda, os reflexos sobre aviso prévio, 13º salários, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%.

Diante da jornada acima fixada, indefere-se o pleito de adicional noturno. Consequentemente, também não se há de falar em repercussões das horas extras em tal verba.

Da indenização por danos morais

A recorrente insiste no pleito de indenização por danos morais, argumentando que foi submetida a assédio moral por excesso de jornada.

Conforme já explanado em linhas pretéritas, não logrou êxito a tese preambular de submissão da autora a jornada de trabalho exaustiva, o que inviabiliza o pedido.

Ademais, mesmo que reconhecida fosse a sobrejornada, apenas isso poderia ensejar o reconhecimento da pertinência da indenização pretendida caso demonstrada uma postura patronal que, impondo exigências de carga horária demasiadamente severa, evidenciasse seu desrespeito à dignidade do trabalhador, o que não seria o caso dos autos, tanto pela jornada apontada pela autora quanto pelo perfil de atividades desempenhadas pelos advogados, que demanda uma intensa atenção com prazos e o cuidado constante na elaboração de peças processuais e atendimento de seus clientes.

Quanto à alegação da recorrente de que era submetida a tratamento grosseiro pelo preposto patronal Samuel Marques, trata-se de inovação recursal, não merecendo acolhida.

Rejeita-se, portanto, referido pedido de indenização.

Isso posto, dou provimento parcial ao recurso ordinário, para julgar procedente em parte a reclamação trabalhista proposta em relação ao segundo reclamado, GOUVEIA ADVOGADOS, condenando-o a pagar à reclamante as seguintes verbas: aviso prévio; FGTS mais 40%; multa do art. 477 da CLT; férias em dobro de 2008/2009 e simples em relação a 2009/2010 e 2010/2011; 13º salário proporcional de 2008 (8/12), integral de 2009 e 2010 e proporcional de 2011 (4/12); duas horas e

trinta minutos extraordinários por semana, com adicional de 100%, e reflexos sobre aviso prévio, 13º salários, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%. Determina-se, ainda, a anotação da CTPS da reclamante, como advogada, no período de 01.05.2008 a 31.03.2011, com remuneração de R\$ 2.086,41, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais); em caso de inadimplemento, fica registrado que, ao fim de trinta dias sem que o demandado tenha anotado a CTPS, tal anotação deverá ser feita pelo Diretor da Vara do Trabalho de origem, sem prejuízo da multa. Custas pelo segundo reclamado, no valor de R\$ 200,00, incidentes sobre R\$ 10.000,00, valor ora arbitrado à condenação.

ACORDA a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do representante da Procuradoria Regional do Trabalho: 1) **PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO**, POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, arguida pelo recorrido MARTORELLI ADVOGADOS (JOÃO HUMBERTO DE FARIAS MARTORELLI): REJEITAR a preliminar; 2) **MÉRITO**: DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para julgar procedente em parte a reclamação trabalhista proposta em relação ao segundo reclamado, GOUVEIA ADVOGADOS, condenando-o a pagar à reclamante as seguintes verbas: aviso prévio; FGTS mais 40%; multa do art. 477 da CLT; férias em dobro de 2008/2009 e simples em relação a 2009/2010 e 2010/2011; 13º salário proporcional de 2008 (8/12), integral de 2009 e 2010 e proporcional de 2011 (4/12); duas horas e trinta minutos extraordinários por semana, com adicional de 100%, e reflexos sobre aviso prévio, 13º salários, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%. Determina-se, ainda, a anotação da CTPS da reclamante, como advogada, no período de 01.05.2008 a 31.03.2011, com remuneração de R\$ 2.086,41, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais); em caso de inadimplemento, fica registrado que, ao fim de trinta dias sem que o demandado tenha anotado a CTPS, tal anotação deverá ser feita pelo Diretor da Vara do Trabalho de origem, sem prejuízo da multa. Custas pelo segundo reclamado, no valor de R\$ 200,00, incidentes sobre R\$ 10.000,00, valor ora arbitrado à condenação.

(Datado e assinado eletronicamente.)

EDVALDO DE ANDRADE

Desembargador Relator

GDEA/CC-

ACÓRDÃO

PROC. N.U.: 0039300-37.2012.5.13.0009

Recurso Ordinário

RECORRENTE: FORNECEDORA TRABALHO TEMPORARIO LTDA

RECORRIDO: FRANCISCO DE ASSIS ALVES DA SILVA

E M E N T A:

DESPEDIDA ARBITRÁRIA. PROPOSITURA DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. RETALIAÇÃO PATRONAL. CONDUTA ABUSIVA E DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEI 9.029/95. CABIMENTO.

Configurada a conduta ilícita por parte do empregador, que despediu abusivamente o reclamante logo após a audiência da ação trabalhista por este movida, numa típica atitude de retaliação ao exercício de um direito fundamental, devida a reintegração ao emprego e a indenização por danos morais, nos moldes da Lei 9.029/95, cujo rol de causas discriminatórias é meramente exemplificativo. Recurso a que se nega provimento.

Vistos, etc.

Trata-se de recurso ordinário, proveniente da 3ª Vara do Trabalho de Campina Grande-PB, interposto por FORNECEDORA TRABALHO TEMPORARIO LTDA nos autos da ação trabalhista ajuizada por FRANCISCO DE ASSIS ALVES DA SILVA.

O Juízo *a quo* reconheceu a nulidade do despedimento do reclamante, determinando a sua imediata reintegração no emprego, e condenou a reclamada a pagar-lhe as seguintes parcelas: a) pagamento da remuneração devida durante o afastamento; e b) indenização por danos morais. Concedeu ao reclamante o benefício da justiça gratuita. Custas, pela reclamada, no valor de R\$ 400,00.

A reclamada recorre ordinariamente, suscitando, preliminarmente, a nulidade do processo por vício na intimação, por não ter sido enviada a 2ª via da inicial, em afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Argumenta que o reclamante interpôs várias reclamações trabalhistas perante esta Justiça Especializada, com o claro intuito de ocasionar sua revelia, motivo pelo qual requer seja reconhecida a conexão alegada. Sustenta a inaplicabilidade da Lei nº 9.029/95 ao presente caso, por não ter havido qualquer discriminação no ato da dispensa do reclamante. Requer a reforma da decisão para que seja julgada improcedente a presente demanda (sequencial 75).

Custas e depósito recursal devidamente efetuados (sequenciais 76-77).

Contrarrazões inexistentes.

O presente feito não exige a intervenção obrigatória do MPT (art. 31, § 1º, do Regimento Interno).

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário, uma vez que atendidos os pressupostos legais.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR VÍCIO DE CITAÇÃO, SUSCITADA PELA RECORRENTE

A recorrente suscita a preliminar em epígrafe, sob o fundamento de que não foi enviada a cópia da petição inicial por ocasião de sua intimação, em ofensa ao disposto no art. 841 da CLT.

Sem razão.

Conforme bem posto na sentença de embargos, é notório que este Regional tem seus processos tramitando exclusivamente de forma eletrônica, de modo que, na citação/notificação enviada às partes reclamadas, consta indicação expressa do link para visualização da petição inicial e dos documentos que a acompanham, o que pode ser feito de qualquer lugar do mundo, bastando que se tenha acesso à internet.

O procedimento encontra-se em consonância com o disposto na Lei 11.419/2006 (art. 9º, § 1º), bem como na Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT nº 94 de 23.0.2012 (art. 18, §1º).

Registre-se que a própria reclamada confirma a existência de outros processos semelhantes em tramitação nesta Justiça Especializada, de modo que já tem conhecimento prévio do procedimento adotado.

Dessa forma, tem-se que não há qualquer nulidade na citação efetivada nos presentes autos.

Rejeito.

MÉRITO

Da reversão da pena de confissão

A reclamada alega que o reclamante interpôs várias reclamações trabalhistas nesta Justiça Especializada, em curto espaço de tempo, em

clara tentativa de promover uma confusão processual. Ressalta que o reclamante agiu conjuntamente com três ex-empregados da reclamada, todos com a mesma advogada, usando o mesmo expediente, visando conseguir a revelia em uma das ações.

Sustenta que a prática deu resultado, tanto que o próprio Juiz elaborou a sentença de forma idêntica, com nome do reclamante de outro processo, erro reparado somente na sentença dos embargos declaratórios.

Não procede o inconformismo.

Os fatos relatados, por si só, não tem o condão de desconsiderar a revelia declarada na sentença. Caberia à reclamada fazer-se presente na audiência, cuja data encontrava-se expressamente registrada na notificação enviada (sequencial 7). Saliente-se que a mesma foi devidamente entregue.

Da reintegração e da indenização

Insurge-se a reclamada contra a decisão que considerou nula a despedida do reclamante, determinando a sua reintegração com o conseqüente pagamento dos salários vencidos, bem como determinou o pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00.

Entendeu o Juízo que a despedida foi discriminatória, uma vez que ocorreu no dia seguinte da audiência ocorrida no Proc. nº 00287.2012.024, por meio do qual o reclamante perseguia as horas extras laboradas sem a devida contraprestação pecuniária.

Embora o entendimento predominante seja no sentido de que, pelo direito vigente no Brasil, o empregador possa despedir livremente o empregado, sem necessidade de justificação de seu ato, ninguém defende abertamente que o direito de despedir sem justa causa seja ilimitado e que a dispensa possa ser decorrente de motivos espúrios ou de discriminação, o que constituiria, sem dúvida, um abuso de direito.

É certo que a proteção dos empregados contra a dispensa arbitrária, estatuída no art. 7º, I, da Constituição, carece de regulamentação. A Convenção 158 da OIT, que poderia servir para suprir essa lacuna, foi denunciada pelo governo brasileiro. Isto, entretanto, não retira toda e qualquer normatividade daquele dispositivo, diante da vetusta regra hermenêutica de que a Constituição não contém palavras inúteis.

Nesse passo, o empregador não precisa justificar os motivos pelos quais não deseja que o empregado continue lhe prestando serviços, bastando, para tanto, que arque com a indenização respectiva, atualmente a quantia correspondente a 40% do FGTS. Mas é fato que a Constituição contempla duas figuras distintas no art. 7º, I: a despedida sem justa causa e a despedida arbitrária, que podem ter regulamentação distinta. Além disso, em nenhum momento aquele dispositivo constitucional

permite ou impõe solução idêntica para os casos de despedida abusiva ou discriminatória.

Embora não precisem expor os motivos que fundamentam a dispensa de seus empregados, aqueles existem e não podem ser coincidentes com nenhuma atitude discriminatória ou retaliatória, como ocorrido no presente caso, porque aí incide a legislação constitucional e infraconstitucional apta a reger e reprimir a prática.

Ressalte-se que as provas produzidas não indicam que o reclamante atuou de modo a forjar a situação posta; tampouco há indícios de que o mesmo não era um empregado diligente ou que a reclamada passa por algum processo de reestruturação.

É cediço que, pela ordem jurídica estabelecida, nenhum direito é absoluto e os direitos fundamentais podem, eventualmente, entrar em rota de colisão com outros valores de igual estatura constitucional, gerando antinomias que devem ser resolvidas com base em um juízo de ponderação (proporcionalidade). Dependendo das circunstâncias do caso concreto, não é incomum que, por exemplo, o direito à intimidade ceda espaço em favor do direito à informação ou vice-versa. Assim também a propriedade está limitada por sua função social e a livre iniciativa está atrelada ao valor social do trabalho.

A mesma Constituição que permite a despedida mediante simples indenização também consagra o direito ao trabalho, o direito de ação e o princípio da não discriminação. Permitir que o empregado seja retaliado pelo exercício de seu direito de ação é, em última análise, chancelar a possibilidade de discriminação no trabalho – o que é expressamente vedado pela Lei nº 9.029/95 e pelo próprio *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse caso, a liberdade da empresa e o direito de despedir sem justa causa não passariam de uma justificativa imprópria para o menoscabo a valores constitucionais tão ou mais importantes, ao mesmo tempo em que serviriam para sinalizar, para os demais trabalhadores, que é inútil reagir contra os poderes patronais, ainda que seja para exigir o cumprimento da lei.

Espalhar o medo entre os demais empregados da empresa de modo a evitar que estes proponham ação contra a reclamada configura ato abusivo. Ofende e desrespeita o direito de ação dos possíveis reclamantes.

Atitudes como a da reclamada levaram a Justiça do Trabalho a ser conhecida como a “justiça dos desempregados”, na medida em que apenas nesta condição os trabalhadores tem coragem de ajuizar reclamações ou depor como testemunha contra o seu ex-empregador. Essa situação não pode subsistir.

Proteger o trabalhador que exercita o direito de ação é, desse modo, proteger a coletividade contra abusos e reforçar a necessidade de observância da legislação trabalhista pelo empregador.

A impossibilidade de o empregado sofrer discriminação ou sanção pela circunstância de demandar contra o empregador tem sido frequentemente reafirmada pelo Tribunal Constitucional Espanhol e não é diferente em nosso direito, como destacado pelo Desembargador Eduardo Sérgio de Almeida, em artigo publicado na Revista do TRT 13ª Região, do qual destaco os seguintes trechos:

O substantivo indenidade vem do adjetivo indene, que segundo o Dicionário Houaiss é aquele que não sofreu dano, que se encontra livre de prejuízo, sendo indenidade a isenção de dano. Do ponto de vista jurídico, mais particularmente do ponto de vista do Direito do Trabalho, garantia de indenidade significa que está assegurado ao trabalhador que demanda contra o seu empregador perante a Justiça que o mesmo não pode sofrer qualquer sanção ou discriminação patronal pelo exercício desse direito de ação judicial.

Entre os especialistas, costuma-se afirmar que a Justiça do Trabalho brasileira é, na verdade, uma Justiça do empregado, devido à circunstância de não haver, na nossa legislação, impedimento para que o empregador despeça o empregado que busca o amparo do Judiciário contra ato patronal hipoteticamente violador de direito seu. Ousamos discordar do ponto de vista estabelecido, porquanto entendemos que, no nosso ordenamento jurídico, encontram-se normas positivadas que garantem a indenidade do trabalhador, enquanto demandante contra seu empregador, uma vez que o exercício de um direito fundamental, como o direito de ação, não pode ser objeto de retaliação por parte do empregador, sem que o Estado-Juiz, quando provocado, venha em socorro do retaliado, declarando nulo o ato violador dessa garantia e penalizando o empregador que transgride uma das garantias básicas da cidadania.

(...) no ordenamento brasileiro encontram-se normas que garantem a indenidade do trabalhador frente a represálias patronais pelo exercício do direito de ação contra esse mesmo empregador, pois entendimento em sentido diverso leva à dedução de que o direito brasileiro tolera o desrespeito a vários princípios constitucionais, sobretudo o desrespeito ao princípio da não discriminação, ao princípio da

igualdade, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e tolera a violação frontal de um dos fundamentos do Estado Brasileiro, o da cidadania.

(...) Portanto, devem ser consideradas nulas quaisquer represálias tomadas pelo empregador contra o empregado que buscar o amparo do Judiciário, em contraposição ao seu patrão, visando a corrigir uma hipotética lesão ao seu direito, uma vez que tais atos patronais violam frontalmente os já referidos princípios constitucionais e o disposto no art. 9º da CLT, que comina nulidade de pleno direito aos atos destinados a desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos protetores do hipossuficiente. No caso de despedida, deve ser determinada a reintegração do empregado, com o conseqüente pagamento da remuneração do período que decorreu desde a data do afastamento até a reintegração, assegurando-se todos os demais direitos decorrentes do contrato de trabalho. (disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/10095/garantia-de-indenidade-do-reclamante-empregado-frente-a-represalias-patronais-em-face-do-direito-brasileiro>)

Trata-se de matéria que, ante a inexistência de previsão legal direta, ainda tem despertado debates doutrinários e não se encontra bem sedimentada na jurisprudência. Decisões recentes, mas ainda esparsas, têm considerado abusiva a dispensa retaliatória a partir de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal e da Lei 9.029/95.

Não se trata de conferir ao trabalhador, por via indireta, uma estabilidade no emprego, mas de reconhecer que o ato resilitório, movido por um ranço de vingança e discriminação, representa um abuso de direito (art. 187, CC) e, como tal, cai no terreno da ilicitude, de modo a clamar por anulação. Anulada a despedida abusiva, a consequência jurídica natural será a restituição das coisas ao *statu quo ante*, justamente como preconizado na Lei 9.029/95.

É por isso, por exemplo, que o TST tem reiteradamente determinado a reintegração de empregados despedidos em razão de serem portadores do vírus HIV, embora tal hipótese não esteja prevista expressamente na Lei 9.029/95 e não se vislumbre uma estabilidade no emprego.

Ressalte-se que o rol de móveis discriminatórios posto na citada norma é apenas exemplificativo, não exaustivo, já que a Constituição Federal veda *distinção de qualquer natureza* (art. 5º, caput) e estabelece que *a lei punirá qual-*

quer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). Ora, retaliar o empregado pelo exercício de uma ação judicial consubstancia uma inegável discriminação atentatória a um direito fundamental, merecendo a pecha de ato radicalmente nulo.

Por outro lado, o dano à esfera extrapatrimonial do reclamante restou configurado no momento em que houve a dispensa discriminatória, causando sofrimento e dor e, mais do que isto, o sentimento de impotência diante do poder privado. A indenização por danos morais, em um caso como o presente, mostra-se imprescindível, não apenas para compensar o abalo sofrido pelo reclamante e restaurar a sua crença nas instituições democráticas, mas, também, como importante instrumento pedagógico, a fim de que a reclamada se abstenha de praticar semelhante conduta com outros empregados.

Na fixação do *quantum* indenizatório, devem ser levados em consideração a gravidade da lesão, o grau de culpa e a situação socioeconômica das partes envolvidas, a fim de que se alcance o objetivo de compensar o gravame sofrido e inibir a repetição do ato ilícito, mas de forma que não provoque a ruína do ofensor ou o enriquecimento desmedido da vítima.

No caso em tela, a reclamada agiu com inegável dolo, no intuito de esmagar qualquer tentativa de reação de seus empregados contra o exercício despótico do poder empregatício, de modo que se revela adequado o montante da indenização fixado em primeiro grau (R\$ 20.000,00).

Conclusão

Isso posto, nego provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada.

ACORDA a Colenda 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região REJEITAR A PRELIMINAR de nulidade do processo por vício de citação, suscitada pela recorrente; no MÉRITO: NEGAR PROVIMENTO ao recurso ordinário interposto pela reclamada.

(assinado e datado eletronicamente)
UBIRATAN MOREIRA DELGADO
Desembargador Relator

GDUD/TCN/vff

ACÓRDÃO

RECURSO ORDINÁRIO

PROCESSO Nº 0015400-31.2012.5.13.0007

RECORRENTE: EVERALDO PEREIRA DA ARRUDA

RECORRIDO: TESS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

E M E N T A:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PRINCÍPIO DO *RESTITUTIO IN INTEGRUM*. APLICAÇÃO ÀS AÇÕES TRABALHISTAS. NÃO COINCIDÊNCIA COM OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. POSSIBILIDADE A possibilidade do exercício do *jus postulandi* pelas próprias partes é uma faculdade pouco exercida na atualidade, conforme se vê da própria redação da Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, não se afigura razoável imputar ao litigante trabalhista o ônus da contratação de advogado particular para demandar o cumprimento de obrigações laborais, sem o ressarcimento respectivo. A condenação relativa à indenização dos honorários advocatícios contratuais tem fundamento no Código Civil (arts. 389, 395 e 404) e visa a recompor os prejuízos experimentados pelo lesado em razão da contratação de causídico para patrocinar a sua demanda em busca do cumprimento forçado da obrigação. Só assim é possível implementar de forma efetiva do princípio do *restitutio in integrum*. Recurso provido para acrescer à condenação o título de indenização dos honorários advocatícios contratuais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, provenientes da 1ª Vara do Trabalho de Campina Grande-PB, onde constam como partes EVERALDO PEREIRA DE ARRUDA, como recorrente e TESS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, como recorrido.

O Juízo de origem, por meio da sentença lançada no sequencial 36, condenou a reclamada a pagar ao reclamante, no prazo legal, multa do art.71, §4º da CLT e reflexos adicional de insalubridade em grau médio, com reflexos. Conclui, ainda, que o labor do reclamante se deu em ambiente salubre.

Custas no valor de R\$ 31,92, calculadas sobre R\$ 1.596,07, valor da condenação.

Planilha de cálculos anexa. (seq. 36 – pág. 10-12).

O reclamante recorre a essa corte (seq. 42). Afirma ser devido o adicional de insalubridade em grau médio (20%) e os reflexos. Assegura que o laudo técnico pericial emite um juízo de valor sobre a suposta eliminação do agente nocivo que não lhe é peculiar, posto ser cabível tão somente a Justiça do Trabalho e, não a um assistente técnico do Magistrado.

Aduz, ainda, que a indenização pela redução do intervalo intrajornada é devido durante todo pacto laboral.

Por fim, alega que a parte recorrente tem o direito de ser ressarcido da importância dos honorários advocatícios convencionais a que está obrigada a pagar em decorrência desta reclamação.

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho em face dos termos contidos no artigo 31 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

V O T O

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso porque atendidos os pressupostos de recorribilidade.

2. MÉRITO

2.1 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O reclamante se insurge contra a decisão revisanda, quanto ao não reconhecimento da insalubridade no ambiente de trabalho.

Alega que é ponto incontroverso, esclareça-se que nos autos o autor/recorrente desempenhou as funções de lixador no setor de montagem da empresa recorrida.

Aponta que o perito informou, no item 3.2 do Laudo Pericial (seq. 28) que a reclamada apresenta medição ambiental de calor onde demonstra um IBUTG de 27,4 na atividade de lixar perfis.

Assegura que o periciando sempre laborou em regime de trabalho contínuo e com tipo de atividade moderado, nos precisos termos do Quadro 1, do Anexo nº 3 da NR-15.

A presente assertiva não é verdadeira. O Quadro 1 do Anexo nº 3 da NR-15 determina para um trabalho contínuo que a atividade será moderada até o limite de 26,7, enquanto a reclamada apresenta índice de 27,4, sendo considerada atividade leve, que tem o limite de até 30,0.

O reclamante ainda aponta que o laudo técnico pericial emite um juízo de valor sobre a suposta eliminação do agente nocivo que não lhe é peculiar, posto ser cabível tão somente a Justiça do Trabalho e, não a um assistente técnico do Magistrado.

O Juízo primário narra seu entendimento a respeito das conclusões do *expert*:

Neste momento, é importante salientar que quando o art.195 da CLT determina a designação pelo juiz de perito para aferição de insalubridade ou periculosidade, não obriga aquele a acatar as conclusões deste. Se assim o fizesse, haveria aí uma séria violação ao princípio do juiz natural, a qual macularia de morte o citado dispositivo. Contudo, em que pese não obrigatoriamente vinculado às conclusões do perito, o juiz, para afastá-las, necessita de outros dados técnicos capazes de sedimentar sua decisão em sentido contrário, fazendo tudo de forma fundamentada, sempre concedendo às partes a chance do contraditório. Porém, e considerando não se referirem os demais laudos periciais juntados especificamente ao mourejo do

reclamante, nos autos não vislumbro qualquer elemento capaz de afastar as conclusões do *expert* judicial. (grifos acrescidos).

Ao contrário do que afirma o recorrente, o perito apenas procedeu a análise de dados objetivos, como o fornecimento ao reclamante de protetor auricular em julho e novembro de 2009 e março e julho de 2010, assim como constatou, durante a inspeção, a efetiva utilização de equipamentos de proteção individual. Não vislumbro qualquer juízo de valor, nessas conclusões periciais.

Ao examinar o laudo técnico, depreende-se, que ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente, o perito, ao chegar à conclusão da inexistência da insalubridade, procedeu às análises qualitativas e quantitativas dos agentes insalubres presentes no ambiente de trabalho do autor. Destarte, o laudo se presta para o que se propõe.

O estudo da perícia demonstra que o *expert*, utilizando-se dos meios adequados e necessários, examinou e avaliou as condições em que o reclamante exercia suas atividades, *in loco*, constatando que o trabalhador não estava sujeito aos agentes insalubres.

Assim, mostrando-se contundente que a atividade do reclamante era salubre, baseado em laudo diligente e prestável para seu fim, bem como idoneidade do perito do Juízo, não há o que se reformar.

Mantenho a sentença em sua integralidade.

2.2 PERÍODO DO INTERVALO INTRAJORNADA.

O recorrente aponta que o juízo primário se equivocou ao limitar o período de concessão em horas extras entre 11.03.2010, até o final do contrato de trabalho do recorrente.

Assenta que a Convenção Coletiva da categoria colacionada pela recorrida demonstra expressamente que o intervalo de 45 minutos só foi alterado para 1 hora, em 25 de agosto de 2011, isto é, quando o autor/recorrente nem mais trabalhava para a demandada (Seq. 11 – p. 13/14).

O Juiz *a quo* quando da análise dos cartões de ponto, assim se assegurou:

Analisando as folhas de ponto trazidas pela reclamada (as quais não tiveram sua invalidade comprovada, razão pela qual as considero escoreitas), constato nelas haver consignaço de 45 minutos de intervalo intrajornada apenas entre 11/03/2010 até o final do contrato de trabalho do reclamante.

De fato, verificando os cartões de ponto antes de 11 de março de 2010 (seq. 12 – pág 9/10), observo que o intervalo intrajornada correspondia a 01 hora. Essa constataço está em consonância com o acordo coletivo de trabalho, firmado com o Sindicato da Categoria em 10 de março de 2010, em que a parte Reclamante passou a trabalhar das 06h às 14h05min, que corresponde a jornada diária de 7h20min trabalhadas, da segunda-feira ao sábado, com intervalo intrajornada de 45 minutos.

Correta a decisáo que indeferiu os pedidos relativos à multa do art.71, §4º da CLT concernentes ao período anterior a 11.03.2010.

Sem reformas, nesse sentir.

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONVENCIONAIS

O recorrente aponta que seu pedido contido no item 3, alínea “c” consiste na condenaço da recorrida a ressarcir o autor/recorrente dos dispêndios que teve com a contrataço de advogados, na sua ótica, um dano de cunho material.

Aponta que os honorários atribuídos a título de sucumbência não se confundem com os honorários ressarcitórios, convencionais ou arbitrados.

Salienta que os honorários ressarcitórios, convencionais ou arbitrados, representam dispêndio do credor e, por essa razão, requer perdas e danos decorrentes do inadimplemento das obrigaço, notadamente em razão da necessidade de contrataço de advogado para efetivar o direito de receber o objeto da prestaço da relaço jurídica obrigacional.

Com razão.

Antes de qualquer outra discussáo, tem por necessário traçar a diferenciaço das duas hipóteses de condenaço em honorários advocatícios previstos em lei, ou seja, os contratuais e os sucumbenciais.

Os honorários advocatícios contratuais ou obrigacionais são uma justa e necessária recomposição por perdas e danos em virtude do não cumprimento do crédito trabalhista, de natureza alimentar, destinado à sobrevivência digna do trabalhador, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal.

O direito laboral deve tomar todas as providências legais e interpretativas para que a mora e o descumprimento do crédito trabalhista, não pago no momento devido, não seja causa de agravamento da situação do trabalhador dispensado que, correndo o risco do desemprego crônico, ainda tem seu mínimo patrimônio solapado por ter que pagar advogado para recebê-lo.

Não está aqui a se negar o direito à dispensa, mas se para efetivá-la tem um dano, e esse dano existente precisa ser provado, quem o causou tem o dever de indenizar a parte lesada.

Sabe-se que os honorários advocatícios são uma retribuição que se paga ao advogado pelo serviço que presta a seu cliente.

O Código Civil, em seu Capítulo I, do Título IV (inadimplemento das obrigações), art. 389, consignou que quando houver o descumprimento de obrigações, haverá condenação, além de perdas e danos, em juros de mora, atualização monetária e honorários de advogado.

No art. 395, restou patente que o devedor responde pelos prejuízos que sua mora causar, acrescida dos juros, bem como atualização monetária e, no art. 404, complementou que nas obrigações em espécie, as perdas e danos serão restituídas com a devida atualização monetária, custas e honorários advocatícios, sem prejuízo de pena convencional.

Já os honorários advocatícios sucumbenciais, que estão previstos no Código de Processo Civil (art. 20), são provenientes da sucumbência, ou seja, daquele que foi vencido na demanda judicial.

Clarividente ficou, dessa forma, que o Código Civil associou os honorários advocatícios, não somente à sucumbência processual, mas também à mora e ao inadimplemento das obrigações, localizando-a no Direito das Obrigações, e dando-lhe sentido mais amplo, para ressarcimento pleno das perdas e danos. Por isso, depois do CCB de 2002, a parte vencedora pode receber da parte vencida, não só os honorários

sucumbenciais, como também os honorários obrigacionais, que são complementares e sucessivos, e não opostos.

O Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/1994, dispôs, em seu artigo 22, *in verbis*:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionais, aos fixados por arbitramento e aos de sucumbência.

Ora, o comando legal acima foi bem claro ao estabelecer as modalidades de honorários a que faria jus o advogado. E não o fez de forma exclusiva, posto que, utilizando o conectivo “e” leva a ideia de que as modalidades de honorários, em tese, podem ser concomitantes.

Assim, observa-se que é lícito ao profissional da advocacia receber tanto os honorários pactuados com seu cliente como também os honorários fixados em sentença, pois estes não apresentam caráter indenizatório.

A legislação processual brasileira trata a condenação honorária como uma espécie de pena e não como um ressarcimento. É flagrante a distinção entre os dois institutos que, como já se afirmou alhures, não se confundem. Mencione-se que a execução dos honorários advindos da sucumbência só se efetiva contra a parte sucumbente, não respondendo a parte vitória, em qualquer hipótese, por tal verba, mesmo que aquela venha a se tornar insolvente.

Destarte, são os honorários contratuais que objetivam remunerar os advogados, enquanto que os honorários da sucumbência apenas funcionam como uma espécie de gratificação ao profissional vitorioso ou mesmo uma punição para parte que se opõe à pretensão da parte vencedora.

Aquele que injustificadamente move a máquina judiciária e não obtém êxito em sua pretensão também deve arcar com todas as despesas às quais deu causa.

De forma exaustiva e literal, o legislador ordinário trouxe a previsão, por meio dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil vigente, de que os

honorários de advogado estão incluídos entre as despesas que o devedor tem de pagar ao credor, em face do descumprimento da obrigação.

Essa previsão legal visa, antes de mais nada, à aplicação de princípio basilar de qualquer restituição por inadimplemento da obrigação: o princípio da restituição integral, que o Código Civil fez questão de ressaltar nos artigos 402 e 403.

Vale dizer que a indenização por perdas e danos, incluídos os honorários contratuais, não impede a condenação em outras verbas dispostas na lei processual, como é o caso dos honorários sucumbenciais previstos no artigo 20 do Código de Processo Civil¹², conforme já analisado.

Reconheço que a jurisprudência sumulada do TST é no sentido de que, na Justiça do Trabalho, não são devidos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência.

Observo, no entanto, que não se aplica à situação dos autos o referido entendimento jurisprudencial.

É que o reclamante não postula, na exordial, a condenação do reclamado no pagamento de honorários advocatícios em razão da sucumbência, **mas o pagamento de indenização por danos materiais, no valor correspondente a 20% do total atualizado do valor condenatório, a título de honorários contratuais.**

Outrossim, ainda que se reconheça a atribuição do *jus postulandi* às partes no processo do trabalho (CLT, art. 791), não se pode negar ao reclamante o direito de contratar serviços advocatícios para a adequada tutela do seu direito.

De faculdade, a representação por advogado passou a regra, e atualmente é vivenciado nas ações trabalhistas. Dessa forma, a possibilidade de o *jus postulandi* não pode mais ser apontada como alternativa para fomentar a representação por um advogado. A presunção reverteu-se.

Chega a ser paradoxal o amparo no *jus postulandi* na Justiça Especializada, sem ao mesmo tempo dar condições técnicas de litigar em condições de igualdade com a parte *ex adversa*. O advento do processo eletrônico deixa latente tamanho contrassenso.

12 PINTO, R. M. **Ainda sobre a indenização dos honorários contratuais.** Disponível em: <<http://www.mg.trt.gov.br/informe/artigos/artigos.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

Utópica também, transparece ser a admissão, na Justiça do Trabalho, de por exemplo, ações cautelares, tutela antecipada, execução provisória, o pedido de inúmeros direitos materiais, tais como ao de horas extras, reflexos, adicional de insalubridade, entre tantos outros institutos jurídicos, sem pensar no patrocínio técnico à parte litigante.

Ressalte-se que no caso de relação de trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou, após a Emenda Constitucional 45/04, por meio da Resolução nº 126, de 16 de fevereiro de 2005, em seu artigo 5º, no sentido de que: "Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência."

Registre-se, por fim, que importante passo foi firmado pelo TST com a publicação da Súmula 425, que prevê:

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Observe-se como os Tribunais do Trabalho já têm se posicionado a respeito do tema:

Os princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos XXXV e LV da Constituição Federal) pressupõem a defesa técnica do trabalhador, por profissional qualificado, não sendo possível restringir o direito do mesmo em optar pela nomeação de advogado particular, nos termos do art. 133 da Carta Magna. Em que pese a inaplicabilidade do princípio da sucumbência e a possibilidade do *jus postulandi* no Processo do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios tem amparo no princípio da restituição

integral, expresso nos artigos 389, 404 e 944 do Código Civil. Ressalte-se que a Lei 10.288/2001 revogou o art. 14 da Lei 5584/70, de modo que o deferimento de honorários advocatícios não está restrito aos casos em que o reclamante está assistido pelo sindicato. A Lei 10.537/2002 revogou a Lei 10.288/2001, mas não previu efeito repristinatório, de modo que o art. 14 da Lei 5584/70 não ressurgiu no mundo jurídico. Dessa forma, os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, atualmente, estão regulados pela Lei 1.060/50 e pelo Código Civil de 2002. Segundo o art. 389 do Código Civil, os honorários advocatícios são devidos no caso de descumprimento da obrigação, seja de natureza civil ou trabalhista. O art. 404 do mencionado diploma legal determina que as perdas e danos sejam pagas juntamente com os honorários advocatícios. Por fim, o art. 944 traduz o princípio da restituição integral, a qual deve abranger as despesas havidas com advogado particular, para ver reconhecidos os direitos trabalhistas sonegados.(RO – 01663.2007.201.02.00 – TRT 2ª – 4T – Rel. Des. Ivani Contini Bramante).

Registra-se, quanto à alegação de que a possibilidade de se valer da assistência judiciária gratuita afastaria a pretensão de receber honorários do vencido, em virtude de contratar um advogado ser opção, não se sustenta, já que esse entendimento atenta contra o princípio do amplo acesso à justiça.

Primeiro, porque nem todos os empregados dispõem do serviço de assistência judiciária gratuita, principalmente no caso das cidades menores onde não há sindicatos, sendo de se registrar, também como empecilho, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para julgar conflitos de prestadores de serviços sem vínculo empregatício.

Em segundo lugar, porque estabelece o entendimento uma verdadeira *capitis deminutio* do empregado sem recursos, que se vê obrigado a ser assistido por profissional que não é de sua confiança. Não é o fato de poder se valer de

um serviço gratuito que retira do empregado o direito de ser assistido por profissional que goze da sua confiança. A possibilidade de o vencido ver-se onerado com honorários contratuais é um risco que ele há de enfrentar.

A tese contrária à aplicação do artigo 395, do Código civil, em função da opção pela contratação de advogado ao invés de adoção da assistência judiciária gratuita, pode levar a perigosas consequências, como sustentar-se a não obrigatoriedade do ofensor de pagar as despesas médicas e hospitalares feitas pelo ofendido, porque o procedimento que as gerou é oferecido, sem ônus, pelo serviço público de saúde.

A jurisprudência do TST caminha para trilhar esse entendimento:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. 1. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO. INDENIZAÇÃO PELAS DESPESAS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INTEGRAL REPARAÇÃO. A egrégia Corte Regional, a título de indenização dos honorários advocatícios convencionais (os pactuados entre autor e advogado), condenou a reclamada a pagar 10% sobre o valor bruto da condenação, a saber R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais). Assim, a controvérsia se resume em saber se cabível a condenação da reclamada ao pagamento, a título de reparação de danos, dos honorários advocatícios convencionais ou extrajudiciais, aqueles originalmente pactuados entre as partes. Apesar de facultativa a representação por advogado no âmbito da Justiça Trabalhista (artigo 791 da CLT), a contratação do causídico se traduz em medida razoável, talvez até imprescindível, daquele que se vê obrigado a demandar em juízo, especialmente ao se considerar toda a complexidade do sistema judiciário, que, para um adequado manejo, requer conhecimentos jurídicos substanciais, que não são, via de regra, portados pelo juridicamente leigo. Nessa linha é que a contratação de advogado, não poucas vezes,

traduz-se em verdadeiro pressuposto do adequado exercício do direito constitucional de acesso à Justiça (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal), pois sem o auxílio profissional de um advogado poderia o demandante, por falhas técnicas, ter prejudicado o reconhecimento de seus direitos materiais. Certo que para ter substancialmente satisfeitos seus direitos trabalhistas o reclamante foi obrigado a contratar advogado e a arcar com as despesas desta contratação (honorários convencionais ou extrajudiciais), deve a reclamada ser condenada a reparar integralmente o reclamante. Isso porque foi aquela que, por não cumprir voluntariamente suas obrigações, gerou o referido dano patrimonial (despesas com honorários advocatícios convencionais). Incidência dos artigos 389, 395 e 404, do CC. Princípio da reparação integral dos danos. Precedente do STJ. Recurso de revista não conhecido.- (...) (RR - 115200-39.2008.5.03.0140 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 24/08/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 02/09/2011)

Da mesma forma, não se pode negar que o CPC consagrou o princípio do *restitutum in integro*, ao imputar ao devedor, em caso de descumprimento da obrigação, a responsabilidade por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, e honorários de advogado, conforme disposição dos seus artigos 389 e 404.

Nesse sentido, Benedito Calheiros Bonfim¹³, da Academia Nacional do Direito do Trabalho:

Ademais, obrigado a desembolsar dinheiro para honorários de seu advogado particular, retirado do montante reconhecido por sentença judicial, a reparação obtida pelo trabalhador, conquanto considerada de natureza alimentar, é parcial, incompleta. Embora compelido a recorrer à Justiça, para fazer prevalecer o

13 BOMFIM, Benedito Calheiros. **Conselho aos Jovens Advogados**, Ed Impetus, 3ª Edição, Rio De Janeiro, 2012.

contrato de trabalho e a lei inadimplidas pelo empresário, que lhe sonegou verbas a que tinha direito, e depois de vê-las reconhecidos em juízo após anos de tramitação, ainda assim só receberá parte da reparação pecuniária, porque terá de destinar parcela da mesma ao pagamento do advogado de sua confiança, que achou necessário constituir. Esse desfalque dos direitos do pleiteante contraria os arts. 389, 404 e 489 do atual Código Civil (de aplicação subsidiária à Justiça do Trabalho), o último dos quais dispõe que, não sendo cumprida a obrigação, o devedor responde “por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Por sua vez, o art. 404 do mesmo Código estatui que as perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro compreendem “juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”. Se, para obter a recomposição do prejuízo sofrido o reclamante teve de contratar profissional, é irrecusável o direito de ser ressarcido por quem o levou à contratação de advogado.

Também há pronunciamento jurisdicional a respeito, tendo o TRT da 15ª Região adotado o seguinte entendimento, *verbis*:

Honorários advocatícios convenionados - Percentual estabelecido em lei própria - Reembolso das despesas efetuadas - Possibilidade. Os honorários convenionados - uma das formas asseguradas pela Lei 8.906/94 de recebimento, pelos advogados, dos serviços prestados, além dos sucumbenciais e dos arbitrados judicialmente - não podem ser inferiores ao estabelecido na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB. Assim, restando controversa a pactuação verbal no percentual de 30%, incabível a sua fixação em valor menor, com fulcro na norma processual que trata de honorários sucumbenciais. Além disso,

optando por contratar advogada que reside e possui escritório em outra cidade, deve a parte reembolsar as despesas efetuadas com deslocamentos e demais gastos com o processo por ela patrocinados. Inteligência do item 3 da Tabela de Honorários da OAB/SP c/c art 676 do Código Civil. (TRT da 15ª Região. ROPS 946/2005.048.15.85-0, Relatora Juíza Maria Cecília Fernandes Leite. 6ª T. DJ 29.02.08, p. 79.)

Existem decisões contrárias sob o manto de que não há qualquer conduta ilícita imputável ao réu, sem nenhum nexo de causalidade, quando o assunto é honorários devidos por perda e danos. Vislumbra-se o nexo causal quando a contratação de advogado decorre de um não cumprimento de obrigação ou mesmo por uma inoportuna demanda judicial promovida pelo litigante vencido. Dessa maneira, concluir que se a parte não cumprir uma obrigação legal, não seria um ato ilícito, haveria a legalização do débito (mora).

Relativamente ao argumento da dupla oneração, gerada pela condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais e dos honorários contratados, também não há alicerce firme.

Já foi demonstrado que ambas verbas têm origem e natureza jurídica distintas. Aponte-se, mais, um argumento fundado parte final do artigo 403, do Código civil, que regra que as perdas e danos só incluem os “prejuízos efetivos e os lucros cessantes” por efeito da inexecução da obrigação, mas “sem prejuízo do disposto na lei processual”

Assim, demonstra-se que na reparação das perdas e danos, não podem ser considerados, para efeito de dedução ou qualquer outro fim, os ônus pecuniários imputados ao vencido com base na legislação processual, obviamente aí incluído o do pagamento de honorários de sucumbência¹⁴.

Outra tese contrária sem guarida seria a inaplicabilidade do Código Civil de 2002 nas relações de trabalho, buscando subsídios jurídicos em lacunas da CLT.

14 PINTO, R. M. Op. cit

Observa-se que o artigo 14 da Lei 5584/70 não trata dos honorários convencionais, mas dos sucumbenciais, aqueles fixados judicialmente. Dessa forma, a omissão na seara trabalhista atrai perfeitamente a aplicação não só dos artigos 389, 395 e 404 do CC, mas do próprio princípio da integral reparação.

Por fim, reproduzo uma decisão recente do TST (29/06/2012) que arremata a questão.

HONORÁRIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO. INDENIZAÇÃO PELAS DESPESAS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INTEGRAL REPARAÇÃO. Apesar de facultativa a representação por advogado no âmbito da Justiça Trabalhista (artigo 791 da CLT), a contratação do causídico se traduz em medida razoável, talvez até imprescindível, daquele que se vê obrigado a demandar em juízo, especialmente ao se considerar toda a complexidade do sistema judiciário, que, para um adequado manejo, requer conhecimentos jurídicos substanciais, que não são, via de regra, portados pelo juridicamente leigo. Certo que para ter substancialmente satisfeitos seus direitos trabalhistas o reclamante foi obrigado a contratar advogado e a arcar com as despesas desta contratação (honorários convencionais ou extrajudiciais), deve a reclamada ser condenada a reparar integralmente o reclamante. Isso porque foi aquela que, por não cumprir voluntariamente suas obrigações, gerou o referido dano patrimonial (despesas com honorários advocatícios convencionais). Incidência dos artigos 389, 395 e 404, do CC. Princípio da reparação integral dos danos. Precedentes. (TST RR 135300-75.2007.5.24.0007 – DJE 29/06/2012, 2ª TURMA – Ministro Caputo Barros).

Diante disso, reformo a sentença de primeiro grau, para condenar a reclamada ao pagamento da indenização pelas despesas decorrentes da

contratação de advogado, no importe de 20% do valor da condenação em verbas trabalhistas, excluídas as contribuições previdenciárias.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso ordinário do reclamante, e dou-lhe provimento parcial para condenar a reclamada ao pagamento da indenização pelas despesas decorrentes da contratação de advogado, no importe de 20% do valor da condenação em verbas trabalhistas, excluídas as contribuições previdenciárias. Custas majoradas, conforme planilha em anexo.

ACORDA a Colenda 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do (a) Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, DAR PROVIMENTO ao RECURSO ORDINÁRIO do reclamante, para condenar a reclamada ao pagamento da indenização pelas despesas decorrentes da contratação de advogado, no importe de 20% do valor da condenação em verbas trabalhistas, excluídas as contribuições previdenciárias. Custas majoradas, conforme planilha em anexo.

(assinado eletronicamente)

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO

Desembargador Relator

GDWM/CR/ZJ

Gabinete

DEMONSTRATIVO (11-Mar-10 a 03-Nov-10) - MULTA DO ART. 71, § 4º DA CLT
MÉDIA MENSAL DAS HORAS EXTRAS: vide diretrizes

Proc.
Recto.:
Recdo.:

Adm.:
Lent.:
Ajuz.:
Presc.:
Labor: 4

período	salário	salário/hora jornada 220	quantidade de horas	Total horas extras + 50%	valores de horas extras pagos	diferença de horas extras	Índice até 01-Mai-2012	Valor atualizado	REFLEXOS SOBRE			
									- 13º salário	- IRR	- 1/3 das Férias	- FGTS + 40%
03/10	563,00	2,56	17,20	66,02	0,00	66,02	1,021251304	67,43	5,62	11,24	1,87	9,44
04/10	563,00	2,56	25,80	99,04	0,00	99,04	1,020443113	101,06	8,42	16,84	2,81	14,15
05/10	563,00	2,56	25,80	99,04	0,00	99,04	1,019922953	101,01	8,42	16,83	2,81	14,14
06/10	563,00	2,56	25,80	99,04	0,00	99,04	1,019322572	100,95	8,41	16,83	2,80	14,13
07/10	563,00	2,56	25,80	99,04	0,00	99,04	1,018150680	100,83	8,40	16,81	2,80	14,12
08/10	563,00	2,56	25,80	99,04	0,00	99,04	1,017226022	100,74	8,40	16,79	2,80	14,10
09/10	563,00	2,56	25,80	99,04	0,00	99,04	1,016512430	100,67	8,39	16,78	2,80	14,09
10/10	563,00	2,56	25,80	99,04	0,00	99,04	1,016032862	100,62	8,39	16,77	2,80	14,09
11/10	563,00	2,56	2,56	9,90	0,00	9,90	1,016015796	10,06	0,84	1,68	0,28	1,41
Aviso Prévio	563,00	2,56	16,70	64,10	0,00	64,10	1,016015796	65,13				
TOTAL(exceto Aviso Prévio)								783,39	65,28	130,56	21,76	109,67

Diretrizes do levantamento mensal das horas extras

01.
01.1

NUM:GDVMM0012(CALCULO)0015400-01.2012.03.0007.008 Imp: 13/07/2012
ASSINADO ELETRONICAMENTE PELO DESDEMPREGADOR WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO (Lei 11.419/2006)
EM 09/08/2012 15:22:27 (hora local) - Autenticação da Assinatura: 109263945A.FB0A5804C.4885554309.79CFC9E884

= FGTS + 40%:

780	780	R\$ 109,67
SUBTOTAL EM 01-Mai-12		R\$ 1.175,79
2,77%		R\$ 32,53
		R\$ 235,16
		-R\$ 76,92

- 02. Juros de Mora de 1% ao mês em: 83 dias
- 03. Indenização por perdas e danos (honorários contratuais)
- 04. Dedução da contribuição previdenciária (cota do empregado) - demonst.

TOTAL DEVIDO AO RECLAMANTE EM	01-Mai-12	R\$ 1.366,56
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS		R\$ 464,67
TOTAL GERAL EM	01-Mai-12	R\$ 1.831,23
CUSTAS DEVIDAS		R\$ 36,62
TOTAL GERAL + CUSTAS EM	01-Mai-12	R\$ 1.867,86

CALCULOS DE CUSTAS	DARF - CODIGO (8019)
CUSTAS ATUALIZADAS	R\$ 36,62
CUSTAS DA EXECUÇÃO	CALCULADA NO FIM DA EXECUÇÃO

IMPOSTO DE RENDA	
Sobre as Verbas	Percentual Inotável de 7,00%
Sobre os 13º salários	Percentual Inotável de 5,55%

fr

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO
Desembargador Federal do Trabalho

RESUMO CONTRIB. PREVIDENCIÁRIAS	
INSS	R\$278,83
TERCEIROS	R\$55,77
SUB-TOTAL	R\$334,60
JURSD.	R\$63,15
MULTA	R\$66,92

ASSINADO ELETRONICAMENTE PELO DESDEMPREGADOR WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO (Lei 11.419/2006) EM 09/08/2012 15:22:27 (hora local) - Autenticação da Assinatura: 109263945A.FB0A5804C.4885554309.79CFC9E884

**DEMONSTRATIVO DOS CÁLCULOS DE
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS**

Nº PROCESSO : **00154.2012.007.13.00-7** Gabinete do Desembargador Wolney de Macedo Cordeiro

RECLAMANTE : INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
RECLAMADO : TESS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

	ALÍQUOTAS		BASE DE CÁLCULO	CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
SEGURADO	8,00%		R\$ 979,23	R\$ 78,34
EMPRESA	FPAS	SAT	R\$ 979,23	R\$ 205,64
	20,00%	1,00%		
	SUB TOTAL (Campo 8 da GPS)			R\$ 283,98
TERCEIROS	5,80%		R\$ 979,23	R\$ 56,80
	SUB TOTAL (Camp 9 da GPS)			R\$ 56,80
	TOTAL DEVIDO			R\$ 340,77
COMPETÊNCIA DE RECOLHIMENTO(Campo 4 da GPS)				

QUADRO RESUMO

=> Contribuição do Segurado :	R\$78,34
=> Contribuição da Empresa :	R\$262,43

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO
Desembargador Federal do Trabalho

file:///D:/DWM/012/CALCULOS/0015400-7/2012.5.13.0007.pdf INSS 15072012
ASSINADO ELETRONICAMENTE PELO DESEMBARGADOR WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO (LEI 11.419/2006)
em 09/09/2012 15:22:27 (hora local) -- Autenticação da Assinatura: 1c92e3245a.f880a58d4c.48b95c4309.79c9c0b84

ACÓRDÃO

AÇÃO RESCISÓRIA

N.U.: 0014800-65.2011.5.13.0000

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RÉUS: WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO E RÔMULO JOSÉ PINA
DE OLIVEIRA

E M E N T A: AÇÃO RESCISÓRIA. CONLUIO. CONFIGURAÇÃO. Comprovada a existência de colusão entre as partes, mediante utilização do processo com o intuito de fraudar a lei e de prejudicar créditos legítimos de terceiros, impõe-se a desconstituição da sentença prolatada nos autos de ação trabalhista.

Ação Rescisória ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, com pedido liminar, em face de WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO E RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA, buscando rescindir decisão proferida pelo Juízo da Vara do Trabalho de ITABAIANA/PB, nos autos do Processo NU: 0048700-47.2009.5.13.0020, com fundamento nos incisos III do art. 485 do CPC.

Argumenta que os réus teriam se utilizado de ação trabalhista com o fito de, em vista do privilégio especial do crédito trabalhista, “impedirem a satisfação de credor hipotecário (no caso, o Banco do Nordeste do Brasil) e para tumultuar o andamento de ação de desapropriação envolvendo o aludido imóvel rural.”

Aduz que “o **primeiro Réu** – Sr. WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO – **ajuizou**, em 18.06.2009, reclamação trabalhista (**autos** nº 0037200-81.2009.5.13.0020) contra o **segundo Réu** (Sr. RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA – Fazenda Esperança), na qual pleiteou títulos alusivos à **suposta** relação de emprego mantida entre eles no período de 1º de março de 1999 a 30 de abril de 2009”.

“O referido processo foi extinto **sem** julgamento do mérito em razão do **não comparecimento** das partes à audiência do dia **16.07.2009** (v. ata anexa)”.

“Pouco tempo depois, isto é, em 09.09.2009, o Sr. Waldemilson F. Brandão repropôs a demanda em face do Sr. Rômulo José P. de Oliveira, que tomou o nº 0048700-47.2009.5.13.0020”.

Pugna pelo deferimento liminar “para que seja **imediatamente suspensa** a execução processada nos autos da reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020, entre partes: WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO, reclamante, e RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA (Fazenda Esperança), reclamado”.

No mérito, pretende “a confirmação da tutela de urgência e o acolhimento da pretensão, a fim de que, no *iudicium rescindens*, se desconstitua a sentença de mérito proferida na fase de conhecimento da reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020 e, no *iudicium rescissorium*, se proclame, em novo julgamento, a extinção, sem apreciação do mérito, do processo originário (**OJ 94 da SBDI-2 do TST**)”

Atribuiu à causa o valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) e juntou os documentos.

A liminar foi deferida às fls. 313-315, razão pela qual foram provisoriamente suspensos quaisquer atos executórios na reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020.

Os réus foram devidamente citados para responder à presente ação, porém apenas WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO apresentou contestação.

Intimadas as partes para produzirem provas, nos termos do art. 492 da CLT, os réus deixaram fluir o prazo processual sem manifestação.

O Ministério Público do Trabalho, por outro lado, considerando a robusta prova documental anexada à peça vestibular, reveladora de **sérios e fortes indícios** da colusão perpetrada, postulou pela declaração da revelia dos réus, razão pela qual os autos me vêm conclusos.

É o relatório

VOTO

O autor argumenta terem os réus praticado simulação na lide trabalhista havida entre eles, a com o fito de, em vista do privilégio especial do crédito trabalhista, “impedirem a satisfação de credor hipotecário (no caso, o Banco do Nordeste do Brasil).

Assevera que, na condição de credor hipotecário, o **Banco do Nordeste** chegou a opor **embargos de terceiro** (autos nº 0028700-89.2010.5.13.0020) **contra** os réus da presente ação rescisória, embargos esses que foram prontamente **acolhidos** pelo Juízo da Vara de Itabaiana para determinar o levantamento da penhora efetuada na mencionada causa trabalhista.

Pois bem.

Verifico na hipótese narrada na petição inicial da ação rescisória todos os contornos de lide simulada, sendo que a alegada conduta ilícita que teria sido adotada pelos litigantes no processo nº 0048700-47.2009.5.13.0020 teria dado ensejo à prestação jurisdicional, ou seja, sentença prolatada pelo Juiz em que reconheceu a existência de vínculo de emprego entre RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA (empregador) e WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO (empregado), e condenou o primeiro ao pagamento dos consectários legais daí decorrentes.

Os fatos relatados na peça inaugural, aliados à farta documentação colacionada aos autos pela autora, revelam vários indícios da existência de conluio com o fim de fraudar a lei, senão vejamos.

Conforme se extrai dos documentos apresentados, naquela ação trabalhista, o autor alegou ter trabalhado para Rômulo José Pina de Oliveira, sem registro em CTPS, como encarregado geral da Fazenda Esperança, no período de 1º/03/1999 a 30/04/2009, quase o mesmo período em que ostentava a condição de arrendatário da citada propriedade rural, consoante os termos do Contrato de Arrendamento Rural de fls. 76/79 (PDF unificado).

Consoante exposto na sentença dos embargos de terceiros ajuizados pelo Banco do Nordeste que “muito embora só mediante ação rescisória seja possível desconstituir reclamação trabalhista transitada em julgado, acata-se o pedido formulado na presente ação de embargos de terceiro para desconstituir a penhora do

bem objeto de constrição judicial, **não só porque houve confissão ficta dos demandados, senão porque há fortes indícios de tentativa de fraude grosseira contra direitos de terceiro regularmente constituídos**. Há ainda penhora muito anterior do referido bem, procedida a mando do juiz de direito da Comarca de Itabaiana, em autos de execução ajuizada pelo autor da presente ação, devidamente comprovada nos autos”. (fls. 56/58 PDF unificado).

Assim, dos fatos descritos a conclusão que se extrai é de que houve a intenção fraudulenta das partes na ação trabalhista com o intuito de resguardar o patrimônio da empresa-ré da execução de créditos de terceiros (no caso o Banco do Nordeste). O art. 129 do CPC estabelece que:

Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, **o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes**.
(grifei)

A presente ação rescisória foi proposta em 27/07/2007, enquanto que o trânsito em julgado da decisão ocorreu em 29/03/2006 – certidão acostada à fl. 31 dos autos.

Comprovados os fatos que levaram à sentença rescindenda, por conluio entre as partes, visando a proteger os bens da empresa, em detrimento de outros credores, impõem-se, em sede rescisória, julgar procedente esta ação para rescindir sentença de mérito prolatada em primeiro grau, e, ao mesmo tempo, extinguir a demanda principal, à luz do disposto na Orientação Jurisprudencial n. 94 da SDI-2 do TST, ante a colusão constatada.

CONCLUSÃO

Do exposto, julgo procedente o pedido rescisório para desconstituir a sentença prolatada na reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020 e, proferindo nova decisão, extingui-la sem julgamento à luz do disposto na Orientação Jurisprudencial n. 94 da SDI-2 do TST.

É o voto.

ACORDA Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência o Sr. Procurador CLAUDIO CORDEIRO QUEIROGA GADELHA, por unanimidade, JULGAR PROCEDENTE o pedido rescisório para desconstituir a sentença prolatada na reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020 e, proferindo nova decisão, extingui-la sem julgamento à luz do disposto na Orientação Jurisprudencial n. 94 da SDI-2 do TST.

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

Desembargador Relator

ACÓRDÃO

PROC. NU.: 0038500-36.2012.5.13.0000

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

AGRAVADO: JUIZ DO TRABALHO DA VARA DE GUARABIRA - PB

EMENTA: INSS. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL QUE IMPÔS DESCONTO SOBRE BENEFÍCIO DE SEGURADO PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO. O INSS não tem legitimidade processual para, por meio de Mandado de Segurança, atacar ato judicial que impôs desconto sobre benefício de segurado previdenciário para adimplir débito trabalhista, porque “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” (CPC, art. 6º).

Vistos etc.

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (sequencial nº 20), por não se conformar com a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o Mandado de Segurança nº 0038500-36.2012.5.13.0000, impetrado contra Ato do Juiz do Trabalho da Vara de Guarabira - PB (Sequencial nº 13).

Sustenta que possui legitimidade para impetrar Mandado de Segurança contra ato de Juiz do Trabalho que impôs desconto sobre benefício previdenciário de segurado para adimplir débito judicial, por não ter sido parte no processo originário, como já decidido por este Egrégio Regional em casos análogos.

Aduz que detém interesse de agir em razão da ilegalidade do ato coator, que viola a Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91) e o princípio da legalidade.

Alega que a dedução questionada não está prevista no sistema da Previdência Social, pelo que, para efetivá-lo, um servidor terá que implementar, mensal e manualmente, cada desconto, gerando custos ao INSS, que já possui quadro de pessoal deficitário.

Argumenta que os funcionários destacados para implementação de descontos em benefícios previdenciários fazem falta na concessão e manutenção das prestações previdenciárias.

Expõe que o ato inquinado viola o artigo 649, IV, do CPC, bem assim os artigos 114 e 115 da Lei nº 8.213/91.

Requer o provimento do Recurso para assegurar o processamento do Mandado de Segurança.

O Ministério Público do Trabalho deixou de opinar, ante a falta de interesse público primário (sequencial nº 38).

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Pressupostos de recorribilidade satisfeitos. Conheço do Agravo Regimental.

MÉRITO

O agravante ataca a decisão monocrática que indeferiu liminarmente o Mandado de Segurança impetrado no sentido de atacar decisão do Juiz da Vara do Trabalho de Guarabira-PB, que, a partir da Reclamação Trabalhista nº 0010700-37.2011.5.13.0010, ajuizada por Maria José dos Santos contra Zulmira Tomas Lopes, determinou que o INSS efetivasse bloqueio de 20% (vinte por cento) do benefício previdenciário recebido por Zulmira Tomas Lopes, visando satisfazer débito judicial para com Maria José dos Santos, no importe de R\$ 10.265,78.

A agravante sustenta, de saída, que detém total interesse para impetrar o Mandado de Segurança pelo fato de não ter sido parte no processo originário, e também porque o ato inquinado seria ilegal, por violar o disposto no artigo

649, inciso IV, do CPC, bem assim nos artigos 114 e 115 da Lei nº 8.213/91 e o princípio da isonomia.

Não lhe assiste razão.

O agravante, na verdade, está em Juízo, ainda que indiretamente, na defesa de interesse personalíssimo de terceiro, precisamente da Sra. Zulmira Tomas Lopes, segurada contra quem o Juízo de primeiro grau impôs a ordem de parcial constrição do benefício previdenciário.

Ainda que a decisão atacada pelo Mandado de Segurança pudesse, em tese, constituir violação a preceito legal, especialmente ao artigo 649, inciso IV, do CPC, somente a direta e exclusiva prejudicada, a Sra. Zulmira Tomas Lopes, poderia questionar o ato em sede judicial, já que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” (CPC, art. 6º).

No que tange à suposta insuficiência de pessoal para implementação do desconto imposto, o argumento é absolutamente despropositado, porque a deficiência da máquina estatal não pode, jamais, ser obstáculo para o cumprimento de decisão judicial.

É de se registrar, ademais, que a alegada falta, no sistema informatizado do INSS, da opção de desconto judicial sobre benefício previdenciário, não pode, jamais, servir de amparo ao cumprimento de decisão emanada de processo judicial.

Não há, portanto, motivo para desconstituição do despacho agravado.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

ACORDA O EGRÉGIO TRIBUNAL Regional do Trabalho da 13ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao Agravo Regimental.

João Pessoa, 08 de novembro de 2012

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

Desembargadora Relatora

GDAM/DTNJ(mca)

SENTENÇA

5ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINA GRANDE-PB
ATA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO DE RECLAMAÇÃO
N. **0100400-79.2011.5.13.0024**

Aos três dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e doze, às 10:51 horas, estando aberta a sessão de audiência na *5ª Vara do Trabalho de Campina Grande-PB*, na sua respectiva sede, na Rua Edgard Villarim, s/n, Liberdade, com a presença do Senhor Juiz do Trabalho Doutor DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS foram, por ordem do Senhor Juiz, apregoados os litigantes,

CARLOS JOSÉ DE ALCÂNTARA MOURA, reclamante,
e DRICOS MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, reclamado.

Aberta a audiência e relatado o processo foi proferida a seguinte decisão:

Vistos, etc.

I – Relatório.

CARLOS JOSÉ DE ALCÂNTARA MOURA ingressou com reclamação trabalhista em face de DRICOS MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA afirmando: que laborou era obrigado a utilizar fardamento com propaganda dos produtos comercializados pela reclamada e em decorrência disso pede indenização por danos morais pelo uso indevido da imagem.

Valor da causa fixado com a inicial.

Regularmente notificado o reclamado compareceu e após rejeitada a primeira proposta de conciliação, ofereceu defesa, alegando a inexistência de violação à imagem do reclamante. Requereu ao final a improcedência dos pedidos formulados pelo autor. Encerrada a instrução foram oferecidas razões finais. Recusada a Segunda proposta de acordo.

É o relatório.

II – Fundamentos da Decisão:

DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR USO

INDEVIDO DA IMAGEM DO EMPREGADO:

Improcede.

É evidente que a Constituição Federal em seu art. 5º elenca como um dos princípios fundamentais a inviolabilidade do direito de imagem.

Também é evidente que o uso da imagem de forma não autorizada ou indevida configura dano passível de reparação na forma da lei civil.

Mais até, não se encontram contido nos poderes diretivos que detém o empregador o direito de obrigar seus empregados a servirem de “outdoor” para propaganda própria ou dos produtos que comercializa, salvo se isso advir da própria natureza do contrato ou do serviço (que em alguns países, a exemplo da Argentina, é proibido por reduzir a pessoa a objeto) ou autorizado pelo empregado.

Todavia, na espécie dos autos, os fatos não são bem esses.

Em primeiro lugar: o fardamento não tem função precípua de fazer propaganda.

Pelo contrário: sempre serviu (no ramo comercial especialmente) na dupla função de ajudar o consumidor na identificação dos empregados da loja e poupar os empregados (especialmente os vendedores) de utilizarem suas roupas no dia a dia da atividade.

Tanto isso é verdade que em várias convenções coletivas tal fardamento é incluído, por vezes, como de fornecimento obrigatório e gratuito pelo empregador, mas igualmente de caráter não remuneratório – posto que é utilizado para o trabalho e não pelo trabalho.

Alias, o texto normalmente encontrado nas convenções coletivas visa justamente o fornecimento do fardamento, já que o seu caráter não remuneratório já se encontra fixado na lei (CLT art. 458, § 2º)

In verbis:

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas

2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (Redação dada pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

I – **vestuários**, equipamentos e outros acessórios **fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço**; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

V – seguros de vida e de acidentes pessoais; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VI – previdência privada; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VII – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001) grifamos.

Nestes termos há uma contrapartida muito grande para os trabalhadores na utilização de fardamento, mais até, são mais beneficiados pela sua existência que porventura sofram prejuízo pela existência de “propaganda” nos mesmos.

Dizemos “propaganda” (entre aspas) porque, afinal que propaganda é essa?

Qual é o sentido de conceber um fardamento e não colocar nele uma logomarca?

Não somos nós que tanto nos orgulhamos de utilizar padrões de times de futebol, basquete, etc.?

Não é a moda da ocasião que, por vezes nos faz utilizar várias logomarcas, porque é a “marca” desta ou daquela roupa que queremos exibir.

Somemos a isso o fato de que o fardamento custa dinheiro. Logicamente que baixar tal custo através de patrocínios é medida interessante.

Em assim sendo, a inserção de logomarca de um patrocinador, não diminui, no nosso entendimento, os objetivos principais do fardamento fornecido gratuitamente: identificar o trabalhador para o consumidor e

evitar que aquele utilize no seu trabalho suas roupas.

Nesta mesmo sentido, o TST já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO DE PEÇAS. O advogado do agravante declarou a autenticidade das cópias das peças que formaram o instrumento, conforme lhe permite o item IX da IN 16 do TST. Preliminar rejeitada. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DAS RAZÕES DA DECISÃO AGRAVADA. Na minuta do agravo de instrumento o agravante indica as razões pelas quais entende terem sido afrontados os arts. 20, 188 e 927 do CC, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o art. 818 da CLT e o art. 333, I, do CPC. Conclui-se que houve impugnação específica e, por isso, não houve contrariedade à Súmula 422. Preliminar rejeitada. DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM. Agravo de instrumento provido a fim de se determinar o processamento do recurso de revista para melhor análise da matéria. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. UNIFORME COM LOGOTIPOS DE FORNECEDORES DO RECLAMADO. DANO À IMAGEM. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR. Não está o empregador autorizado, na conta da subordinação, a usar, do empregado, o corpo ou sua projeção social - se o faz, expõe -se ao dever de reparação civil. Mas o dano moral resultante do uso indevido da imagem não é daqueles que se verificam in re ipsa, dado que a apresentação do corpo humano ou de suas possíveis manifestações no mundo sensível, a sua aparição em público ou mesmo midiática nem sempre se sujeitam a absoluto controle de quem circunstancialmente promove essa divulgação. A utilização de indumentária com apelo ou fins comerciais, imposta pelo empregador ao empregado, pode ser vedada pelo Poder Judiciário mesmo quando essa conduta patronal não se mostrar lesiva à honra, à boa fama ou a respeitabilidade. Contudo, se tal lesividade se der, agrega-se ao interdito o direito à reparação. Com a cautela de estabelecer a premissa acerca de não se inserir no âmbito do poder diretivo a ação patronal de impor aos seus empregados a utilização de uniforme com propaganda de mercadorias comercializadas em seu estabelecimento, admite-se a ausência de lesividade da conduta examinada no caso concreto, exonerando-se o empregador da indenização que, por judiciosos fundamentos, foi-lhe imposta pela instância ordinária. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 2353-15.2010.5.01.0000 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 15/06/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 24/06/2011) grifamos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NÃO- CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO DE PEÇAS. O advogado do agravante declarou a autenticidade das cópias das peças que formaram o instrumento, conforme lhe permite o item IX da IN 16 do TST. Preliminar rejeitada. PREMILINAR DE NÃO- CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DAS RAZÕES DA DECISÃO AGRAVADA. Na minuta do agravo de instrumento o agravante indica as razões pelas quais entende terem sido afrontados os arts. 20, 188 e 927 do CC, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o art. 818 da CLT e o art. 333, I, do CPC. Conclui-se que houve impugnação específica e, por isso, não houve contrariedade à Súmula 422. Preliminar rejeitada. DANO À IMAGEM. Agravo de instrumento provido a fim de se determinar o processamento do recurso de revista para melhor análise da matéria. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. COMPENSAÇÃO DE HORAS EXTRAS. Para reformar a decisão do Regional e acatar os argumentos do agravante seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta instância extraordinária, à luz do que preconiza a Súmula 126 do TST, fato que impede o conhecimento do recurso de revista também por divergência jurisprudencial. Ademais, não há similitude fática dos arestos paradigmas, sendo o caso de incidência da Súmula 296 do TST. Recurso de revista não conhecido. UNIFORME COM LOGOTIPOS DE FORNECEDORES DO RECLAMADO. DANO À IMAGEM. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR. Não está o empregador autorizado, na conta da subordinação, a usar, do empregado, o corpo ou sua projeção social - se o faz, expõe-se ao dever de reparação civil. Mas o dano moral resultante do uso indevido da imagem não é daqueles que se verificam in re ipsa, dado que a apresentação do corpo humano ou de suas possíveis manifestações no mundo sensível, a sua aparição em público ou mesmo midiática nem sempre se sujeitam a absoluto controle de quem circunstancialmente promove essa divulgação. A utilização de indumentária com apelo ou fins comerciais, imposta pelo empregador ao empregado, pode ser vedada pelo Poder Judiciário mesmo quando essa conduta patronal não se mostrar lesiva à honra, à boa fama ou à respeitabilidade. Contudo, se tal lesividade se der, agrega-se ao interdito o direito à reparação. Com a cautela de estabelecer a premissa acerca de não se inserir no âmbito do poder diretivo a ação patronal de

impor aos seus empregados a utilização de uniforme com propaganda de mercadorias comercializadas em seu estabelecimento, **admite-se a ausência de lesividade da conduta examinada no caso concreto, exonerando-se o empregador da indenização que, por judiciosos fundamentos, foi-lhe imposta pela instância ordinária.** Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 162340-36.2005.5.01.0009, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 25/08/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 03/09/2010) grifamos.

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO DE DROGARIA. UNIFORME COM PROPAGANDAS DE PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELA RECLAMADA. USO INDEVIDO DA IMAGEM. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ABUSO. PROVIMENTO. O art. 5º, V, da Constituição Federal, expressamente indica ser passível de indenização dano material, moral ou à imagem. O dano à imagem, no caso em exame, decorre da alegação de uso indevido da imagem da empregada, pela propaganda existente no uniforme concedido pelo empregador. A indenização foi concedida tão-somente pela ausência de autorização da empregada para que em seu uniforme houvesse propaganda em prol dos fabricantes de medicamentos vendidos pela farmácia. Para a configuração do dano à imagem é necessário que a conduta tenha causado prejuízos consumados, devendo ser inequivocamente comprovado nos autos, ou inerentes a alguma situação vexatória em que colocado o empregado. **Não há razoabilidade em se entender que há uso indevido da imagem da empregada o fato de utilizar uniforme com propagandas de produtos comercializados pela reclamada, que tão-somente remetem a medicamentos utilizados pelas pessoas que se dirigem à drogaria, e o uso do uniforme é limitado ao recinto interno do estabelecimento.** Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 146840-31.2005.5.01.0040 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 16/09/2009, 6ª Turma, Data de Publicação: 25/09/2009) grifamos.

Ora, pelas afirmações já feitas entendemos nós que não há lesividade.

Mais até, eventualmente, por força de convenção coletiva, é obrigação que se impõe aos empregadores – fornecimento gratuito de fardamento.

Como pode haver violação na utilização de fardamento?

Mais até, restou comprovado que ao autor não havia qualquer constrangimento na utilização da farda. Pelas fotografias por ele mesmo juntadas a utilização do fardamento era bem vinda.

Afinal em nenhuma das fotografias juntadas o autor ou seus colegas demonstram qualquer constrangimento, estando participando de uma comemoração com efusividade e vestindo as citadas fardas. - sequencial 3.

Em assim sendo, julgamos improcedente o pedido de indenização por danos morais.

III. Dispositivo:

Ante o exposto e o mais que nos autos consta, resolve este juízo julgar **IMPROCEDENTES** os pedidos formulados com a reclamação trabalhista proposta por CARLOS JOSÉ DE ALCÂNTARA MOURA em face de DRICOS MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.

Custas, pelo polo ativo, no valor de R\$ 200,00, calculadas sobre R\$ 10.000,00, valor arbitrado à condenação, todavia, dispensados em face do permissivo legal.

Cientes as partes.

DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS
JUIZ DO TRABALHO

**TRABALHOS APRESENTADOS
NA XI SEMAJUD**

O PROCESSO ELETRÔNICO, SEUS DESDOBRAMENTOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO SEU AGENTE UNIFICADOR

Alexander Diniz da Mota Silveira
Estudante da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Paraíba

Paulo Sérgio Oliveira de Carvalho
Estudante da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Paraíba

Vitor Fernando Gonçalves Córdula
Estudante da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Paraíba

RESUMO

Este artigo tem por objetivo discutir a temática do processo eletrônico na seara trabalhista, seus reflexos na prática judiciária e a necessidade de sua implantação. Analisando a crescente utilização das novas tecnologias na prestação dos serviços judiciais, a legislação ainda incipiente sobre o tema, os motivos que ensejaram a informatização da prestação jurisdicional, bem como as vantagens e desvantagens trazidas por este novo meio de tramitação processual, através de uma abordagem crítica acerca da eficácia social dessas transformações, pretende-se verificar a importância da adoção de uma plataforma digital unificada, através da comunhão dos diversos órgãos do Judiciário, tendo, o Conselho Nacional de Justiça, papel primordial na concretização desses objetivos.

Palavras-Chave: Processo Eletrônico. Justiça do Trabalho. Conselho Nacional de Justiça.

RÉSUMÉ

Cette article vise à discuter la question du procès électroniques dans la justice du travail, ses impact sur la pratique judiciaire et la nécessité de sa mise en œuvre. En regardant l'utilisation croissante des nouvelles technologies dans la prestation de services juridiques, la législation qui est encore naissant sur cet sujet, les raisons qui ont possibilité l'informatisation du procès, ainsi que les avantages et les inconvénients apportés par ce nouveau moyen de la procédure, à travers d'une approche critique quant à l'efficacité sociales de ces transformations, il y a l'intention d'examiner l'importance d'adopter une plate-forme numériques unifiée, grâce au partage des divers organes du pouvoir judiciaire, ayant le Conseil National de Justice un lieu essentiel dans la réalisation de ces objectifs.

Mots-clés: Le Procès Électronique. La Justice du Travail. Conseil National de la Justice.

1 INTRODUÇÃO

A inserção do processo judicial eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 11.419 (2006), decorre da concretização de uma série de metas pactuadas entre os três Poderes, na busca de uma legislação que proporcionasse condições reais para impulsionar a modernização da prática forense, ou seja, que adequasse o Poder Judiciário à forma de organização da sociedade atual.

Com o seu advento, sérios desdobramentos foram suscitados na praxe jurídica. Uma onda de ponderações sobre a consonância ou afronta à aplicabilidade das modificações da novel lei diante dos princípios processuais, como da celeridade e da isonomia, nasce nas reflexões diárias dos agentes jurídicos. Ademais, estes também refletem a necessidade na alteração de seus comportamentos profissionais.

Desta feita, faz-se mister discutir as consequências da implantação da Lei do Processo Eletrônico, ao lado da percepção do relevante papel do Conselho Nacional de Justiça, no intuito de se tornar a instituição unificadora do processo eletrônico por todo o Poder Judiciário, consolidando, principalmente no que se concerne ao domínio trabalhista, a presteza, publicidade e efetividade ao processo judicial, bem como a concretização do verdadeiro acesso à justiça.

2 VISÃO GERAL DO PROCESSO ELETRÔNICO: aspectos históricos e desdobramentos

O processo judicial eletrônico foi introduzido em nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 11.419 (2006). Este diploma normativo decorre da concretização de uma série de metas pactuadas entre os três Poderes e que tem por escopo adequar o Poder Judiciário à forma de organização da sociedade atual. Para bem entender os motivos que provocaram o advento da informatização do processo, mister se faz compreender o contexto em que se insere a ordenança jurídica hodierna.

Segundo Alvim (2008), embasado nas lições de Cappelletti e Garth (1978), as transformações vivenciadas pela nossa sociedade desde a última metade do Século XX provocaram grandes alterações na relação entre o indivíduo e o Estado. Mais notadamente, entre a sociedade civil e o Poder Judiciário. Este último passou a observar o jurisdicionado com olhar mais atento, buscando identificar os seus anseios e tentando

se reinventar, de modo a alcançá-los. Seria esta a fase propriamente contemporânea do processo civil.

Nesta perspectiva, foram realizados inúmeros trabalhos científicos que tem por escopo diagnosticar os pontos sensíveis que obstaculizam o acesso à justiça ou, para utilizar o termo já consagrado na doutrina nacional, à ordem jurídica justa. Dentre tais estudos, destacou-se o relatório intitulado “Acesso à Justiça: A mais recente onda no movimento mundial para tornar efetivos os direitos”, de Cappelletti e Garth (1978).

Analisando a mencionada pesquisa, seguida por outros dois trabalhos dos mesmos autores, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 49) concluem que:

[...] no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar três ondas renovatórias, a saber: a) uma consistente nos estudos para a melhoria da assistência judiciária aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos interesses supra-individuais, especialmente no tocante aos consumidores e a higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas a obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa, etc.).

Através da Lei nº 1.060 (1950), que trata da concessão de assistência judiciária aos necessitados e das Leis nº 7.347 (1985), que institui a Ação Civil Pública como mecanismo processual para defesa dos direitos coletivos e difusos, e nº 8.078 (1990), cuidando do Código de Defesa do Consumidor, atenderam-se as reivindicações das duas primeiras ondas, respectivamente.

Quanto ao **modo-de-ser** do processo judicial, alterações mais drásticas teriam de ser realizadas para a sua adequação às expectativas sociais. Neste diapasão é que foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº 45 (2004), acrescentando, dentro outros dispositivos, o inciso LXXVIII ao rol de direitos fundamentais do art. 5º da nossa Magna Carta (2010, p. 10). Estabelece o aludido inciso, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação**” (grifos nossos).

Tal inovação alçou ao *status* de garantia constitucional o princípio da razoável duração do processo, já presente na nossa ordenança infraconstitucional desde 6 de

novembro de 1992, quando foi ratificado o Pacto de São José da Costa Rica, através da edição do Decreto nº 678, que no seu art. 8º, 1, prevê o seguinte:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as *devidas garantias* e dentro de um **prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

É precisamente neste diploma legal onde se vê, pela primeira vez de maneira explícita, a íntima relação entre a razoável duração do processo e o seu *modo-de-ser*. A partir daí, percebeu, o legislador, que deveria adequar a estrutura procedimental à busca da celeridade processual, com objetivo de possibilitar a máxima eficácia do processo judicial, concretizando o devido processo legal.

Imbuídos deste espírito reformador, e com vistas a combater a crise que assola as instituições modernas, no dia 15 de dezembro de 2004, os chefes dos três Poderes celebraram o **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano**, também chamado de I Pacto Republicano.

Observando o exemplo da Justiça Eleitoral, que conquistou a credibilidade e a confiança da população nacional através da utilização da urna eletrônica, firmou-se o compromisso para informatização do Poder Judiciário. De fato, em uma carta constitucional como a nossa, onde o princípio da efetividade norteia a atuação da administração pública, não faz sentido se olvidar das novas tecnologias que tanto podem contribuir para a prestação de um serviço estatal de melhor qualidade.

A informatização do processo judicial seria alcançada através das seguintes metas¹⁵:

Serão incentivados os convênios de cooperação, para que informações entre órgãos públicos sejam repassadas por meios eletrônicos, a exemplo do que já acontece entre o Judiciário e o Banco Central do Brasil. As ações nessa direção se desenvolverão prioritariamente no campo da segurança pública e da Justiça criminal.

Finalmente, será examinada a possibilidade de os terminais de auto atendimento dos bancos públicos prestarem alguns serviços de interesse do Judiciário, mormente informações aos cidadãos.

15 BRASIL, Pacto de Estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano, de 15 de dezembro de 2004. Disponível em <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...A2C8>. Acesso em: 08 set. 2011.

No plano legislativo, serão incluídos na agenda parlamentar os projetos de lei que visam regular e incentivar os procedimentos eletrônicos no âmbito judicial, a exemplo do PLC no 71/2002 (com os aperfeiçoamentos que se fizerem necessários). (BRASIL, 2004, grifo nosso)

O Projeto de Lei nº 71, a que alude o I Pacto Republicano, transformou-se na Lei nº 11.419 (2006) que, dividida em quatro partes, normatizou regras acerca da informatização do processo judicial, da comunicação eletrônica dos atos processuais, do processo eletrônico e dispôs sobre a sua implementação nos diversos Tribunais do país. A partir de então, abriram-se as portas do Poder Judiciário para o processo eletrônico.

Vale ressaltar que, antes do advento deste diploma legislativo, determinados atos processuais poderiam ser realizados digitalmente, através da utilização da rede mundial de computadores e de tecnologias semelhantes. Havia também a possibilidade de digitalização de peças processuais, da utilização da internet para realização de penhora *online*, bem como de outros mecanismos eletrônicos. Entretanto, somente após a edição daquela lei é que podemos falar em processo eletrônico. Foi através dela que a União facultou aos órgãos do Poder Judiciário a possibilidade de realizar todo o rito processual em meio eletrônico.

Neste sentido, destaca-se o pioneirismo do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 13ª Região, que antes do advento da Lei nº 11.419 (2006), já implementara um sistema eletrônico interno de acompanhamento processual, que, substituído em 2004, possibilitou a comunicação eletrônica dos atos processuais entre aqueles sujeitos que estavam cadastrados na plataforma. Com o advento daquela Lei, o TRT da 13ª Região implantou em Santa Rita/PB a primeira vara judicial eletrônica do Brasil¹⁶.

Ainda na seara trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Instrução Normativa (IN) nº 30 (2007), que regulamentou a Lei nº 11.419 (2006) na Justiça do Trabalho. Em decorrência disto, e pretendendo dar prosseguimento à informatização já iniciada na sua jurisdição, o TRT da 13ª Região elaborou a Resolução Administrativa (RA) nº 19 (2009), estabelecendo a autuação eletrônica de todos os processos de competência originária da segunda instância. Em 2009, todas as nove varas que compõem o Fórum da Capital passaram a autuar as petições iniciais exclusivamente em meio eletrônico. Hodiernamente, com a interiorização do Processo Judicial

16 Disponível em <http://www.trt13.jus.br/arquivos/processo_eletronico/processo_eletronico_historico.pdf>. Acesso em: 08 set. 2011.

eletrônico (PJe), como é chamado, praticamente todas as vinte e sete varas da Justiça do Trabalho do TRT da 13ª Região se utilizam desta ferramenta de inclusão social e acesso à ordem jurídica justa.

Tendo em vista o sucesso do primeiro acordo, foi celebrado o **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Mais uma vez, o processo eletrônico teve papel de destaque, sendo prevista a sua melhoria e o aperfeiçoamento na meta “k” do acordo trilateral.

Em atenção à novel meta estabelecida, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Ato Conjunto nº 09 (2011)¹⁷, por meio do qual, juntamente com o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e o Conselho Nacional de Justiça¹⁸ (CNJ), criou o Comitê para Gestão do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho (CGPJe/JT). Constata-se, portanto, a posição vanguardista da Jurisdição laboral na implantação do processo eletrônico, destacando-se, dentre os seus diversos órgãos, o TRT da 13ª Região.

3 OS REFLEXOS DO PROCESSO ELETRÔNICO NOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL

Conforme explicitado acima, o processo eletrônico advém da necessidade de racionalizar o processo judicial, adequando o seu *modo-de-ser* para que passe a ter uma duração razoável. Portanto, a sua implantação repercute no devido processo legal, notadamente em seu aspecto formal (*due process of law*), atribuindo maior eficácia à sua estrutura. Assim, para melhor compreender os reflexos do processo eletrônico nos princípios do direito processual, devemos analisar a sua incidência, de modo particular, naqueles que mais sofreram alterações.

3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Inúmeras são as críticas que se fazem ao processo eletrônico em decorrência da não universalização do acesso ao computador, bem como às novas tecnologias de um

17 Disponível em: <<http://projetos.csjt.jus.br/sites/docs/PJe/Documentos/Forms/AllItems.aspx>>. Acesso em: 08 set. 2011.

18 O CNJ não ratificou o Ato Conjunto nº 09/11. Contudo, tal ato foi praticado em decorrência do Acordo de Cooperação Técnica nº 51/10, este sim, celebrado entre o TST, o CSJT e o CNJ.

modo geral. Argumenta-se que tal ferramenta servirá tão somente para agilizar o processo judicial onde litigam os mais abastados enquanto continuaria a ser utilizado o processo tradicional quando as partes envolvidas não tiverem condições suficientes para custear a utilização do meio digital.

Em que pese a faticidade de alguns dados sobre os quais se fundamentam os defensores dessa opinião, a existência de desigualdades econômicas entre as partes envolvidas no litígio não irá impedir a utilização do processo eletrônico. A Lei nº 11.419 (2006) anteviu este cenário e prescreveu a solução no seu art. 10, § 3º, de acordo com o qual: “Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais” (BRASIL, 2006).

No âmbito trabalhista, o TST estabeleceu o prazo de 1 ano, a contar da IN nº 30 (2007)¹⁹, para que os Regionais²⁰ atendessem as determinações do mencionado artigo. Portanto, na jurisdição laboral, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia em decorrência do processo eletrônico, pelo contrário.

Neste ponto, não se pode olvidar a peculiaridade inerente à capacidade postulatória, própria da Justiça do Trabalho. É que, sem a necessidade de constituir um causídico para defender sua pretensão em juízo, o trabalhador poderá se dirigir ao Fórum Trabalhista e, ao narrar os fatos sobre os quais entende, constituir o seu direito, ver a elaboração de sua peça inicial em meio eletrônico, a qual será devidamente distribuída, autuada, e lhe possibilitará o acesso à jurisdição.

3.2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Acerca da publicidade no processo judicial, ensina Didier (2011, p. 60) que:

Trata-se de direito fundamental que tem, basicamente, duas funções:
a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos (e, nesse sentido, é conteúdo do devido processo legal, como instrumento a

19 Art. 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho disponibilizarão em suas dependências e nas Varas do Trabalho, para os usuários dos serviços de peticionamento eletrônico que necessitarem, equipamentos de acesso à rede mundial de computadores e de digitalização do processo, para a distribuição de peças processuais.

Parágrafo único. Os Tribunais Regionais do Trabalho terão o prazo de um ano da publicação da presente instrução normativa para atenderem ao disposto no presente artigo.

20 Com relação ao TRT 13ª Região, o serviço já existe. Este foi instituído pela RA nº19/09.

favor da imparcialidade e independência do órgão jurisdicional); b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional. Essas duas funções revelam que a publicidade processual tem duas dimensões: a) *interna*: publicidade para as partes, bem ampla, em razão do direito fundamental ao processo devido; b) *externa*: publicidade para os terceiros, que pode ser restringida em alguns casos, como se verá.

No âmbito do processo eletrônico, a forma de armazenamento das peças e dos documentos que compõem os autos processuais faz com que quaisquer das partes, assim como quaisquer de seus defensores, possam acessar o processo judicial a qualquer hora, em qualquer lugar. De fato, através da utilização do meio eletrônico, alcança-se a máxima efetividade das funções interna e externa do princípio da publicidade.

Disciplinando a matéria, a Lei nº 11.419 (2006) possibilita a criação de um Diário de Justiça eletrônico (*DJe*), que substitui a publicação oficial tradicional para quaisquer finalidades legais. Da mesma forma, o Capítulo Segundo da Lei cuida da comunicação eletrônica dos atos processuais. Acerca da instituição do *DJe* e de sua validade, dispõe²¹:

Art. 4º. Os Tribunais poderão criar *Diário da Justiça eletrônico*, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

(...)

§2º. A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

Além disso, com o desenvolvimento do sistema *Push*, que remete um *e-mail* ao defensor, dando conta de todas as publicações, em qualquer *DJe*, relacionadas ao seu nome, tornou-se muito mais cômoda a consulta à publicação oficial.

3.3 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Sendo o contraditório a ciência bilateral dos atos contrariáveis, é no âmbito do processo eletrônico, assim como ocorreu com a publicidade, que esse princípio alcança sua máxima efetividade. Isto ocorre em decorrência da maior visibilidade que é dada aos atos processuais, podendo a parte acompanhar, *via internet*, todo o *iter* processual

21 *Ob. cit.*

sem precisar fazer carga. Possibilita-se a vista simultânea dos autos, o que confere celeridade ao procedimento (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010).

De fato, o contraditório consiste na comunicação e na possibilidade de reação. Portanto, quanto maior a publicidade dos atos processuais, melhor protegido estará o contraditório, e por via reflexa, a ampla defesa, que irá depender da faculdade que detém o sujeito provocado de manifestar-se ou não acerca do ato praticado.

3.4 PRINCÍPIOS DA ORALIDADE E IMEDIATIDADE

O princípio da oralidade tem como corolários: a) a presença física do juiz; b) a concentração dos atos processuais; c) a imediatidade na produção das provas;

Antigamente, a oralidade tinha um papel de grande destaque no processo judicial. Contudo, a partir da fase documental, com o aumento da população e o número exacerbado de demandas judiciais, além da precisão maior, que é característica da prova escrita, a prova oral foi cedendo espaço a outros meios de convencimento do magistrado.

Entretanto, o desenvolvimento de novas tecnologias tornou possível o armazenamento de áudio e vídeo em mídias digitais de modo perene. Desta forma, no processo eletrônico, a prova oral pode ser gravada e reproduzida quantas vezes forem necessárias para que o julgador forme o seu convencimento.

Fenômeno idêntico ocorre com o princípio da imediatidade, desdobramento lógico da oralidade. Por este princípio, as provas deveriam ser produzidas na presença do juiz, sem a intermediação de terceiros, estranhos ao processo. Mais uma vez, a utilização das novas ferramentas tecnológicas compatibiliza valores até então inconciliáveis. Assim é que a distância física que separa o magistrado da testemunha não é mais suficiente para afastar por completo a imediatidade da produção desta prova.

3.5 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Na fase propriamente contemporânea do processo civil, Alvim (2008) defende que a obediência à forma é posta em segundo plano. Esta é tão somente um instrumento através do qual os valores informadores do processo judicial poderão ser tutelados. De

fato, a forma serve para evitar que se violem direitos e garantias processuais de uma das partes. Contudo, se o ato processual puder ser realizado de outro modo, diverso daquele previsto em lei, sem que haja prejuízo àquele a quem a forma pretende defender, não há porque anulá-lo²².

O processo eletrônico se encontra em total consonância com esta perspectiva, vez que torna possível a concretização da terceira onda renovatória de Cappelletti através da flexibilização das formas estabelecidas em lei. Noutra dizer, atingem-se as finalidades perseguidas pelo processo judicial, ou seja, o destino é alcançado, só que por um caminho diverso daquele pré-determinado.

4 OS ATOS PROCESSUAIS DIANTE DO PROCEDIMENTO ELETRÔNICO: COMUNICAÇÃO, APLICABILIDADE E DEMAIS REFLEXÕES DIANTE DA PRÁTICA FORENSE ATUAL E LEGISLAÇÃO FUTURA

Com o vigor da Lei nº 11.419 (2006) e o escopo de, cada vez mais, consolidar as modificações trazidas pela EC 45 (2004), em especial a garantia da razoável duração do processo e demais meios que permitam a celeridade de sua tramitação, o procedimento eletrônico trouxe mudanças significativas na praxe forense. Há de se analisar se os princípios da celeridade e, principalmente, da isonomia estão realmente sendo resguardados com o novo procedimento diante das alterações dos atos ordinários dos juristas e servidores da Justiça Brasileira, representados em variadas idades e relações com o dinamismo da informática.

No que tange às modificações, o foco processual se encontra nas inovações sobre as comunicações de atos processuais, em especial o diário da justiça eletrônico, as intimações, citações e, logo, notificações eletrônicas, além das cartas precatórias, rogatórias e de ordem eletrônica. Ademais, refletem tais alterações no comportamento profissional, na responsabilidade dos envolvidos com o Poder Judiciário, bem como no modo eletrônico de juntada de petições e protocolizações, e na diminuição de despesas e suposto aumento da receita pelo Estado. Trabalhos e estudos são dirigidos às novas disposições a respeito do tema, todavia, meramente de modo informativo. Cabe, na verdade, discutir os reflexos, as consequências, e não apenas as simples implantações da

22 Decorrência da instrumentalidade das formas consagrada pela doutrina francesa que pontifica: *pas de nullité sans grief*.

Lei do Processo Eletrônico ao Código de Processo Civil, a fim de se entender e proporcionar a verdadeira efetividade do moderno texto.

Os exatos pontos a serem questionados sobre o produto da Lei 11.419 (2006) no âmbito trabalhista dizem respeito, inicialmente, ao próprio serviço de envio e recebimento eletrônico de documentos que a pessoa física, identificada eletronicamente por certificado digital e previamente cadastrada perante os órgãos da justiça trabalhista, utilizará nos 24 Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho.

O TST, de forma didática e esclarecedora, apresenta este serviço intitulado de *sistema e-DOC* em seu sítio eletrônico.²³ Nele, ao se dirigir à décima-segunda pergunta, o jurista, ou qualquer interessado, depara-se com o seguinte texto:²⁴

Qual o tamanho máximo dos arquivos?

O lote de arquivos, constituído em arquivo principal e seus anexos, não pode ultrapassar 2 *Megabytes*. Não serão aceitos documentos fracionados, ou seja, que parte do documento (petição ou documento que a acompanha) seja enviado em um lote e o restante em outro lote.

Verificamos, então, a seguinte indagação: a limitação do arquivo eletrônico em 2 *Megabytes* seria um óbice ao pleno acesso à Justiça em vista da possível dificuldade em expor todos os fatos e de certamente se limitar aos documentos a serem apresentados?

Afinal, a relevância da apresentação, por exemplo, de todos os fatos que violaram o direito perquirido, bem como a fundamentação jurídica de seu alcance, e, principalmente, a exposição de toda sorte possível de documentos para comprová-lo é indiscutível na Justiça Trabalhista. O empregado, em muitos momentos, percebe o surgimento concomitante de uma gama de violações a sua dignidade, aos direitos inerentes ao cotidiano laboral, tais como as omissões de pagamento de inúmeras verbas, dentre elas as horas extras, os pagamentos *por fora*, adicionais de insalubridade, periculosidade, adicional noturno, salário-família, e pode se utilizar de inúmeros documentos que corroborem o deferimento de seus pedidos. Cartões de ponto, contracheques, recibos e a própria Carteira de Trabalho e Previdência Social são alguns

23 Disponível em <http://www.jt.jus.br/sistema/edoc/ajuda/perguntas_respostas.htm>. Acessado em 07/09/2011.

24 Disponível em <http://www.jt.jus.br/sistema/edoc/ajuda/perguntas_respostas.htm#tamanho>. Acessado em 07/09/2011.

dos exemplos de documentos que devem ser apresentados, e possivelmente podem ser extensos, a depender do tempo de serviço do empregado.

Estaríamos presenciando e consolidando a declinação da **terceira onda** de Mauro Cappelletti? Estaríamos dificultando a aplicação da **Teoria da Substanciação**, ou seja, da exposição do pormenorizado teor da causa próxima e da causa remota do pedido? Afinal, o empregado deve declarar, não apenas que trabalha em uma jornada de horas extras habituais, mas também em que tipo de jornada de trabalho.

Refletindo de modo mais aprofundado, ao menos no que se concerne ao âmbito trabalhista, presenciamos no art. 840, §1º, CLT:

Art. 840 – [...]

§ 1º - Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, **uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio**, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante. (BRASIL, 1943, p. 957, grifo nosso)

Ora, o dispositivo impõe, de certa forma, que o processo trabalhista seja pautado pela simplicidade, no objetivo de se verificar uma petição sucinta, direta e objetiva, sem a requisição de desnecessários detalhes.

Este é, por sinal, o entendimento do ilustre jurista Luis Roberto Barroso, na concepção da reverência ao princípio da concisão, necessário às petições hodiernas. A objetividade e brevidade aliadas à organização devem ser elementos das petições e atos decisórios de todos os juristas da contemporaneidade. O jurista faz questão de citar a exposição da teoria da relatividade de Einstein, em apenas uma página, como verdadeiro exemplo de que é a qualidade dos argumentos o grande instrumento para uma excelente petição, e não o volume de páginas.

Deste modo, percebe-se que a limitação declarada pelo TST não só corrobora o clamor pelo princípio da concisão, como também pelo princípio da celeridade e a característica da simplicidade do processo trabalhista. Ademais, em uma era em que a informática já proporciona a informatização dos processos, evita-se que as petições juntadas não sejam ilimitadas cópias digitais de fundamentos e demais pensamentos formalizados na rede mundial de computadores. Sendo assim, percebe-se que não há uma intenção de afronta à liberdade, à exposição de fatos ou documentos às partes, mas

apenas uma ratificação a Lei do Processo Eletrônico ao princípio da celeridade e da concisão, próprios ao processo laboral.

Outra importante inovação da novel Lei diz respeito ao Diário da Justiça eletrônico, hoje bastante utilizado por diversos tribunais de todo o Brasil. Trata-se de periódico *online* semelhante ao antigo Diário da Justiça distribuído em jornal e de pequeno alcance aos advogados da Pátria, seja pela necessidade de deslocamento à obtenção do mesmo, seja por desinteresse de acúmulo de papéis de diversos tribunais, etc. Logo, uma vez que no *DJe* são encontrados os atos judiciais e administrativos próprios dos tribunais e de seus órgãos subordinados, tem-se um maior alcance ao princípio da publicidade, pela facilidade e celeridade de adquirir e pesquisar os conteúdos dos diários dos diversos tribunais brasileiros.

O Diário da Justiça, em seu modo eletrônico, tornou-se um meio de comunicação dos atos processuais bastante utilizado pelos juristas, diferentemente da conjuntura anterior. Aqui, houve uma verdadeira positivação no usufruto desse instrumento, seja por qualquer jurista, mas principalmente pelas partes. Com isso, é imprescindível destacar que, nos termos do art. 4º, §2º, da Lei 11.419 (2006): “A publicação eletrônica pelo *DJe* substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal”.

Ocorre que, com o advento da *DJe*, será considerada como data da publicação da informação o primeiro dia útil seguinte ao de sua disponibilização no sistema. Neste caso, há uma saliente diferença sobre a consideração da realização da intimação, por exemplo, no Diário eletrônico e no Diário impresso no papel. Neste, as intimações se consideram realizadas na data de sua publicação, já naquele apenas no primeiro dia útil subsequente ao disponibilizado no sistema. Essa ocorrência foi possibilitada pelo legislador, na medida em que podem surgir casos em que a implantação dos dados sobre a intimação ocorra no final do expediente ou após o horário regular. Portanto, se tal situação sobreviesse, a parte objeto da intimação perderia um dia inteiro do prazo.

Em consequência, infelizmente, o legislador, no lugar de promover melhorias com a celeridade processual através da Lei do Processo Eletrônico, suscitou a possibilidade de dilação do prazo, incorrendo em mora à prestação jurisdicional, se comparado com o Diário tradicional.

Deve o Poder Legislativo, se ater a esta injúria ao princípio da celeridade processual, uma vez que poderia editar lei para que a inclusão de informações em determinada edição de Diário *online* somente poderia ocorrer até determinado horário, em preferência no início da manhã, de modo que as informações restantes fossem incluídas na edição do dia seguinte, e assim, a data da publicação pudesse ser considerada aquela em que foi incluída.

De qualquer forma, enquanto o DJe surge de uma forma indubitavelmente necessária e de grande utilidade, o advento da citação eletrônica suscita dúvidas diante de sua eficácia, principalmente na Justiça do Trabalho, diante da parte que deve se defender.

Observa-se a lucidez do Código de Processo Civil (CPC) atual, ao dispor que a citação nada mais é que a comunicação ao sujeito passivo sobre uma demanda contra ele proposta, afim de, querendo, defender-se ou a manifestar-se sobre a mesma. Pois bem, diante dessa conceituação, e tendo em vista a nova possibilidade da citação eletrônica na seara trabalhista, não verificamos sua plena aplicabilidade diante do trabalhador. Isso porque estamos tratando de um indivíduo temeroso por qualquer ação judicial em face de sua pessoa, indiscutivelmente indisposto e quiçá incapaz, diante da escassez da inclusão digital, a estar formalizado com os requisitos exigidos pelo art. 221, IV, do CPC e, por conseguinte, pela Lei nº 11.419 (2006) em seu art. 5º c/c art. 6º, quais sejam: o prévio cadastro de usuário do portal próprio do Poder Judiciário, conforme disciplinado pelo órgão judicial respectivo; e o acesso à íntegra dos autos pelo citando.

Faz-se mister convir que os trabalhadores não possuem a exigida certidão digital e, logo, o cadastro no sistema e-DOC da Justiça Trabalhista, bem como não mantém qualquer contrato por tempo indeterminado com advogado apto no sistema para assistência jurídica. Não se tratam de suposições, mas, tão somente, da realidade brasileira. Ademais, lembremo-nos que a EC 45 (2004) ampliou a competência da Justiça Trabalhista para todo dissídio encontrado em relação de trabalho, podendo esta também ser horizontal ou constatando o empregador como demandante.

Deste modo, torna-se ineficaz, parcialmente, a citação no processo eletrônico, caso a parte demandada, seja ela empregado ou empregador, não esteja cadastrada no sistema.

Em consonância com tal ideia, relata o ilustre jurista Fredie Didier Junior que, possuindo o advogado procuração com poderes especiais para receber citação, fato que já não se encontra na tradição forense, a citação eletrônica terá sua principal aplicabilidade nos casos de:

a) 'citação' (comunicação de uma demanda) em demandas incidentais, em que se possa fazê-la diretamente ao advogado da parte, como no caso da oposição, reconvenção, liquidação de sentença, embargos de terceiro, cumprimento da sentença e embargos à execução; b) citação de litigantes habituais (bancos, concessionárias de serviço público etc.) que firmem com o Poder Judiciário um convênio para estabelecer o endereço eletrônico em que receberão as citações; c) entes públicos, que tenham firmado convênio com o Poder Judiciário.(DIDIER JÚNIOR, 2007, p.437)

Destarte, é necessário enfatizar que o Código de Processo Civil preceitua não apenas o meio eletrônico para citação, mas também pelo correio; por oficial de justiça e por edital. Além do mais, em clamor ao princípio da instrumentalidade das formas e da convalidação, dispõe em seu art. 244 que o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo prescrito em lei, alcançar-lhe a finalidade. Isso permite demonstrar que a citação por meio eletrônico dificilmente terá plena e uniforme aplicação e eficácia sobre os demandados.

Outro ponto que deve ser bastante discutido e refletido entre os legisladores, magistrados e principalmente advogados, diz respeito às intimações. Aqui, encontra-se em questão a relevante responsabilidade do advogado no cumprimento dos prazos judiciais, e, particularmente, a possibilidade deste profissional tornar o processo eletrônico - isso se o processo comum já não o é - em um verdadeiro jogo de estratégia.

Essa possibilidade decorre do fato de não apenas a intimação eletrônica dispensar a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico, como também somente considerar realizada a comunicação processual no dia em que o advogado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação. Ou seja, o advogado entrará no portal próprio, um sítio eletrônico restrito no site institucional, destinado a comunicação dos atos processuais, verá que possui novas intimações, mas apenas quando da consulta às mesmas, certificando-se nos autos a sua realização, é que terá seus prazos iniciados.

Para evitar possível má-fé do profissional, o §3º do art. 5º da precitada lei presume a realização efetiva da intimação ao final do prazo de 10 dias contados da data de seu envio, caso a mesma não seja consultada pelo interessado neste ínterim. Trata-se

de disposição louvável, muito embora ainda seja um tanto quanto falha ao que se concerne na possibilidade de uma estratégia de dilação exacerbada do prazo, realizada pelo advogado ou parte interessada.

Dispõe, a legislação, que no caso de uma intimação eletrônica ser consultada em dia não útil, como em um final de semana, a comunicação apenas será realizada no primeiro dia útil posterior. Ademais, de acordo com leitura do art. 184, *caput* e seu §2º, do CPC, os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação e o cômputo será de forma a excluir o dia do começo e incluir o do vencimento. Logo, um advogado, por exemplo, poderá consultar uma intimação em seu portal próprio no sábado, tê-la como realizada apenas na segunda, correndo a partir da terça, e havendo a quarta-feira como primeiro dia a ser contado.

Destarte, percebe-se a inacreditável e absurda dilação do tempo para se produzir um recurso ou determinada impugnação, por exemplo, para ser juntada eletronicamente. O fato comentado não apenas fere o princípio da celeridade, tão requerido no processo trabalhista, como também destrói o equilíbrio processual, viola o princípio da isonomia entre as partes. Ora, o advogado ou parte, se utilizando do *jus postulandi* e previamente cadastrada e credenciada eletronicamente com o órgão do Poder Judiciário, poderá se utilizar dessa artimanha, ganhando os dias adquiridos no final de semana, como no exemplo *retro*, e talvez ainda mais, caso a segunda-feira seja um feriado, enquanto o advogado ou parte contrária, não se utilizando dessas vias eletrônicas, mas por carta postal, recebe a intimação de modo tradicional e tem seu prazo regular, porém de menor duração. Essa infeliz constatação resulta, inegavelmente, em um prejuízo a uma das partes.

E, muito embora seja clara essa possibilidade no cotidiano jurídico, o projeto do Novo Código de Processo Civil não vislumbra uma saída para tal afronta, ainda que formado por uma Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379²⁵, de 2009, ou seja, 3 anos após a Lei de Processo Eletrônico, e no ano em que, ao menos no que abrange ao Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, todas as petições e demais autos dos processos protocolados naquele tempo eram

25 Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%C2%BA%20379.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2011.

necessariamente digitalizados, caso existissem apenas de forma física, e juntados por meio eletrônico. Como comprovação, dispõe o art. 180 do Anteprojeto que²⁶:

Art. 180. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil, se o vencimento cair em dia em que:

I – haja feriado;

II – for determinado o **fechamento do fórum**;

III – o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal e houver interrupção da comunicação eletrônica.

§ 2º **Os prazos, inclusive no processo eletrônico, começam a correr do primeiro dia útil após a intimação.** (grifos nossos)

Este pode ser, talvez, um ato que infeliz e dificilmente os magistrados, por suas próprias determinações em seus atos processuais, possam solver ou evitar. Cabe ao legislador, bem como aos *experts* em Tecnologia da Informação e demais juristas e Presidentes dos Tribunais, fazerem um estudo apropriado para saber se tal violação pode ser impedida, ao menos por determinações procedimentais dispostas pelos próprios Tribunais, de modo unificado. Assim, talvez, haveria a solvência mais rápida, em decorrência da menor burocratização, ao invés da edição de uma lei em âmbito nacional.

Por fim, outro importante assunto a ser rapidamente comentado com o advento da lei em tema é o desaparecimento dos *emolumentos*, que no dizer de Bezerra Leite (2011), são o ressarcimento das despesas processuais realizadas pelos órgãos da Justiça Trabalhista com o fito de fornecer traslados, notificações postais, certidões, entre outros, à parte interessada. Em verificação ao procedimento eletrônico, confere-se a impossibilidade de existência desse tipo de despesa processual, uma vez que certidões, intimações e demais atos que possam promover gastos ao erário para a perfeita prestação jurisdicional da parte interessada, serão feitos e enviados digitalmente, não sucedendo qualquer tipo de dispêndio ao Poder Judiciário, e conseqüentemente, ao Estado.

26 Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_Derecho_Internacional_descripcion_curso_Valesca_Raizer_Borges_Moschen_anteproyecto.pdf>. Acesso em: 08 set. 2011.

5 A UNIFICAÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS

Como dito alhures, com o advento da lei de informatização do Judiciário, Lei nº 11.419 (2006), surgiu, em nosso ordenamento, a possibilidade dos órgãos jurídicos implementarem o processo eletrônico. De acordo com os artigos 8º e 18 da referida lei, cada órgão ficou incumbido da criação de sistemas eletrônicos em conformidade com as suas reais condições financeiras, tecnológicas e estruturais, respeitando, contudo, as diretrizes gerais impostas pelo diploma legal.

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

[...]

Art. 18. Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências. (BRASIL, 2006, p. 1745)

Apesar do não muito tempo de vigência da lei, já existem diferentes sistemas eletrônicos implantados em diversos órgãos da Justiça Trabalhista por todo o Brasil, cada um com as suas devidas peculiaridades, a exemplo do E-Proc (TRF 4ª da Região), Provi (TRT da 12ª Região) e Suap (TRT 13ª da Região).

Sendo assim, visto a gama de diferentes processos eletrônicos existentes, bem como os que ainda estão a surgir, já se consegue enxergar a necessidade de um movimento de uniformização desses sistemas, e, em consequência, dos procedimentos dos diversos órgãos do judiciário brasileiro.

Segundo o art. 22, I, da Constituição Federal (1988, p. 16 - 18) compete privativamente à União legislar sobre matéria processual, sendo, a competência para legislar sobre procedimento (art. 24, XI), concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Observe-se:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XI - procedimentos em matéria processual; (BRASIL, 2010)

A competência concorrente, nos dizeres de Cunha Júnior (2010, p. 863), “consiste na possibilidade de mais de uma entidade tratar sobre o mesmo assunto”. Ou seja, à União compete estabelecer normas gerais, enquanto aos Estados e Municípios cabe criar normas específicas que corrobore seus interesses, sempre respeitando a norma geral que fora imposta.

Sendo a competência para legislar sobre procedimento em matéria processual concorrente a todos os entes federados, bem como a licença pelos artigos 8º e 18 da Lei nº 11.419 (2006), concedida aos órgãos do Poder Judiciário para a criação de seus próprios sistemas eletrônicos, tem-se que esta diversidade de sistemas, em consequência diversidade de procedimentos, não fere o ordenamento jurídico, não sendo um caso de inconstitucionalidade, nem de ilegalidade.

No entanto, através de uma interpretação histórica e teleológica da lei 11.419 (2006), tomando por base a Emenda Constitucional 45 (2004) e o I Pacto Republicano, bem como em conformidade com os princípios constitucionais do acesso à justiça, da celeridade processual, da publicidade e do devido processo legal, tem-se a necessidade de um movimento de unificação dos sistemas processuais eletrônicos, através da cooperação entre os diversos órgãos do Poder Judiciário.

De acordo com os aludidos princípios da publicidade e do acesso à justiça, o processo eletrônico tem como principal consequência o acesso aos atos processuais *lato sensu* de qualquer lugar, a qualquer momento. Com a unificação dos procedimentos, ficaria mais fácil para os operadores do direito - magistrados, advogados, membros do Ministério Público - e - principalmente para a população desprovida de conhecimento jurídico específico - acompanhar o trâmite de processos judiciais, pois independentemente do tribunal a que o processo estiver vinculado, o procedimento e o sistema processual são os mesmos.

A unificação aproxima a população do Judiciário, pois de sua residência, o cidadão pode acompanhar processos em que figure como parte e que tramitam em juízos de Estados Federativos diferentes, fiscalizando a atuação dos seus advogados, uma vez que o sistema processual eletrônico é o mesmo.

Deste modo, imprimi-se maior celeridade ao processo. Tomando como exemplo a comunicação dos atos processuais em um sistema unificado, tratada mais a vagar em tópico anterior, as cartas precatórias e de ordem seriam enviadas sem nenhum custo e

rapidamente a qualquer juízo do país. Com sistemas diferentes, poderá haver um grande problema de comunicação, pois cada órgão poderia exigir uma formatação diferente para se enviar documentos, chegando-se até mesmo a serem desenvolvidos sistemas onde não houvesse a possibilidade de comunicação externa.

Ademais, a competência territorial poderia ser expandida, pois sendo o processo eletrônico unificado, um mesmo juiz poderia atuar em processos de diversas comarcas, ocorrendo uma distribuição mais equânime entre os magistrados, tornando o Poder Judiciário mais rápido e eficiente.

6 CNJ: Agente Unificador

O Conselho Nacional de Justiça, instituição inserida pela EC N° 45 (2004), de acordo com as suas atribuições previstas no art.103-B, § 4º, I, da Constituição Federal (1988), percebendo a importância e necessidade da uniformização, vem, ao longo dos anos, paulatinamente tomando medidas que visam tornar os procedimentos existentes nos diversos órgãos judiciais cada vez mais homogêneos.

Inicialmente, editou diversas resoluções, dentre elas, as de n° 41²⁷ e 70²⁸.

A resolução de n° 41 dispõe sobre a utilização do domínio primário *.jus.br* pelos órgãos Judiciais, ou seja, uniformização do endereço dos sites. Já a resolução n° 70 foi aprovada após o II Encontro Nacional do Judiciário, apresentando diversas metas a serem cumpridas, dentre elas, informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores e tornar acessíveis as informações processuais nos portais virtuais, com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça.

Além das resoluções, o CNJ, através da Portaria CNJ n° 222 (2010)²⁹, criou o Comitê Nacional de Gestão de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário, com o objetivo de diagnosticar a situação de toda a sua rede informatizada, apresentando sugestões para a uniformização e padronização desse

27 Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/Download/PlanejamentoEstrategico/ResCNJ70.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2011.

28 Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/portal/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resoluco e /12156-resolu-no-41-de-11-de-setembro-de-2007](http://www.cnj.jus.br/portal/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resoluco%20e%2012156-resolu-no-41-de-11-de-setembro-de-2007)>. Acesso em: 08 set. 2011.

29 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/dti/Comite_Gestao_TIC/Portarias/portaria_n_222_2010-gp.pdf>. Acesso em: 08 set. 2011.

sistema. Como desfecho, o CNJ em junho do corrente ano, disponibilizou um sistema processual eletrônico que pode ser utilizado por todos os tribunais, possibilitando assim a sua uniformização. Trata-se do Processo Judicial Eletrônico³⁰.

Processo Judicial Eletrônico (PJe), sistema de informática desenvolvido pelo CNJ em parceria com os tribunais para a automação do Judiciário, foi lançado oficialmente em 21 de junho de 2011 pelo ministro Cezar Peluso, presidente do CNJ. No dia seguinte (22/06), presidentes de tribunais de todo o país participaram de uma apresentação detalhada do sistema e receberam um manual para auxiliar os técnicos na instalação dos software. O evento foi transmitido ao vivo pelo portal do CNJ e contou com 1.315 acessos, sendo 135 simultâneos. Além disso, 32 tribunais retransmitiram a apresentação via streaming aos seus servidores.

A recente criação do PJe pelo CNJ é um marco na justiça brasileira; uma tentativa de solucionar todos os entraves aqui expostos no momento oportuno, que é o da transição entre o processo físico e o eletrônico. No entanto, não pode, o Conselho, estabelecer como vinculante a utilização do seu sistema recém-criado aos órgãos judiciários, visto que a Lei nº 11.419 (2006) autoriza a pluralidade de plataformas. Ato normativo não pode ir de encontro à lei.

Todavia, este problema da impossibilidade de aplicação vinculante de um sistema processual eletrônico único está próximo de acabar. O projeto do novo Código de Processo Civil, em seu Art. 151, § 4º, prevê, inclusive como atribuição do CNJ, a realização da unificação dos procedimentos eletrônicos³¹.

Art. 151 [...]

Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial
§ 4º O procedimento eletrônico deve ter sua sistemática unificada em todos os tribunais, cumprindo ao Conselho Nacional de Justiça a edição de ato que incorpore e regulamente os avanços tecnológicos.

Apesar de ainda não estar em vigor o novo Código de Processo Civil, instrumento normativo que dará fundamento ao CNJ para exigir a utilização de um

30 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/processo-judicial-eletronico-pje>>. Acesso em: 08 set. 2011.

31 Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_Derecho_Internacional_descripcion_curso_Valesca_Raizer_Borges_Moschen_anteproyecto.pdf>. Acesso em: 08 set. 2011.

sistema processual eletrônico único, a Lei nº 11.419 (2006) não proíbe a tão propalada unificação. Sendo assim, cabe ao CNJ elaborar medidas educativas que divulguem a importância da padronização, bem como dar suporte técnico aos tribunais na inserção do *PJe*, sem a necessidade do uso da lei como elemento coercitivo.

6.1 UNIFICAÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS NA SEARA TRABALHISTA

Como já detalhado nos capítulos introdutórios, a Justiça do Trabalho sempre esteve à frente na informatização do Processo, colocando-se em posição vanguardista em relação à introdução do Processo Eletrônico. No que tange à unificação não foi diferente.

Visando dar efetividade à meta “K” do **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Ato Conjunto nº 09 (2011), por meio do qual, juntamente com o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e o Conselho Nacional de Justiça, criou o Comitê para Gestão do Processo Judicial eletrônico na Justiça do Trabalho.

Dentre outras atribuições do Conselho, destacam-se as contidas no art. 4º e incisos do referido Ato³², que comprovam o compromisso da Justiça do Trabalho para com a padronização dos sistemas processuais inserida eminentemente pelo CNJ, disciplinando a implementação do *PJe* na seara trabalhista(*PJe/ JT*).

Art. 4º São atribuições do CGPJe/JT:

I – garantir a adequação do *PJe/JT* aos requisitos legais e às necessidades da Justiça do Trabalho;

[...]

III - garantir a padronização do *PJe/JT* nos órgãos da Justiça do Trabalho;

[...]

V - promover a integração com demais órgãos e entidades necessários ao desenvolvimento e implantação do *PJe/JT*;

Em face de todo o exposto, comprova-se que o TST, buscando efetivar os princípios processuais peculiares ao processo trabalhista, foi o primeiro órgão judicante de hierarquia superior a cumprir as metas estabelecidas pelo CNJ. Este por sua vez, calcado no espírito da terceira onda renovatória, visando imprimir celeridade,

³² Disponível em: <<http://projetos.csjt.jus.br/sites/docs/PJe/Documentos/Forms/AllItems.aspx>>. Acesso em: 08 set. 2011

publicidade e efetividade ao processo judicial através da utilização das novas tecnologias, atende aos anseios da população e desempenha satisfatoriamente o mister que lhe foi estabelecido constitucionalmente, servindo, finalmente, de verdadeira ponte entre a legislação atual e os meios eletrônicos.

7 CONCLUSÃO

Em consonância com tudo que fora explanado, vê-se a celeridade do Poder Judiciário, em especial da Justiça Laboral, em por em prática a lei 11.419 (2006), realizando a sua informatização, bem como a implementação do processo eletrônico de forma unificada. Além de todos os benefícios jurídico-sociais demonstrados ao longo deste trabalho, são incontáveis os demais reflexos indiretos à população, a exemplo da preservação ambiental, diminuição das despesas estatais, etc.

Sendo assim, presencia-se um momento áureo de modernização da Justiça brasileira, o que faz com que surja cada vez mais esperanças de uma prestação jurisdicional melhor, dando efetividade aos princípios estabelecidos pela Carta Magna, tornando a nossa sociedade mais justa e igualitária para todos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: parte geral**. 12. ed. rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Constituição Federal (1988). In: **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. In: **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 957.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Pacto de São José da Costa Rica). In: **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 CD ROM.

_____. Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004. In: **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. In: **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.170 – 1.172.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. In: **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. In: **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.399 – 1.400.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. In: **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 804 – 813.

_____. Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. In: **Vade Mecum**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.745 – 1.748.

_____. Pacto de Estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano, de 15 de dezembro de 2004. Disponível em <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...A2C8>. Acesso em: 08 set. 2011.

_____. II Pacto Republicano de Estado por sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, de 13 de abril de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 08 set. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa nº 30, de 2007. Disponível em <<http://www.tst.gov.br/DGCJ/instrnorm/30.htm>>. Acesso em: 08 set. 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Resolução Administrativa nº 19, de 2009. Disponível em <http://www.trt13.jus.br/arquivos/processo_eletronico/ra_19_2009_trt_eletronico.pdf>. Acesso em: 08 set. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*. **Buffalo Law Review**, vol. 27, n. 2, 1978, separata p. 181.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 1.

TELETRABALHO NO BRASIL: um ensaio sobre a modalidade de trabalho dos novos tempos

Lucas Serrano Farias

Graduando em Direito pela UFPB
e-mail: lucas_serrano_farias@hotmail.com

Rayssa Vieira Henriques

Graduanda em Direito pela UFPB
e-mail: rayssavieirah@gmail.com

Vanessa de Araújo Porto

Graduanda em Direito pela UFPB
e-mail: vanessa.araujo3@gmail.com

RESUMO

O presente artigo pretende oferecer um estudo sobre o teletrabalho e seus desdobramentos em âmbito nacional. Tomando como base a sociedade da informação, e as constantes mudanças por ela sofridas, conceituaremos o teletrabalho abrangendo suas modalidades e o diferenciando das formas que, em tese, lhe são semelhantes, como no caso do trabalho a domicílio. Abordando a problemática da legislação vigente no Brasil para a formalização do instituto em questão, apresentaremos argumentos com o escopo de justificar a existência de um vínculo empregatício dentro da relação de teletrabalho não autônoma. Desse modo, far-se-á possível a abordagem de suas vantagens e desvantagens para os sujeitos da relação de emprego, bem como para toda sociedade que os cerca. A fim de concretizar tal vínculo, o estudo em questão propiciará um debate acerca dos direitos que possuem os teletrabalhadores, ressaltando suas peculiaridades, e, ainda, uma análise jurisprudencial do tema, buscando conferir a este ensaio um caráter de aplicabilidade.

Palavras-chave: Teletrabalho. Sociedade da Informação. Vínculo Empregatício.

ABSTRACT

This article aims to provide a study on teleworking and its developments nationwide. Based on the technology society, and the constant changes suffered by it, conceptualizes teleworking covering their methods and ways of differentiating that, in theory, you are similar, as in the case of homeworking. Addressing the issue of legislation in Brazil to formalize the institute in question, we will present arguments with the scope to justify the existence of an employment relationship within the non-autonomous teleworking. So far it will be possible to approach their advantages and disadvantages for the subject of employment, as well as for the entire society that surrounds them. In order to achieve such a bond, the study in question will provide a discussion about the rights that have telecommuters, emphasizing its peculiarities, and also a jurisprudential analysis of the subject, seeking to give this essay a character of applicability.

Keywords: Networking. Technology Society. Employments Relationship.

1 INTRODUÇÃO

A chamada sociedade da informação do século XXI trouxe consigo o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e de telecomunicação. Esse ambiente inovador propiciou o surgimento de novas modalidades de trabalho que se adequassem a necessidade emergente da sociedade tecnológica, dentre elas o teletrabalho. É a mais expressiva forma de trabalho dos novos tempos, pois contém a essência do trabalho clássico, no entanto, é realizado fora das dependências físicas da empresa, através da utilização de aparelhos informáticos e/ou aparelhos de telecomunicação que permitam o contato com a mesma.

Diante desses aspectos, o teletrabalho pode ser exercido no domicílio do empregado ou qualquer outro local intermediário, desde que esteja ligado à empresa. Percebe-se que a mobilidade do local de trabalho proporcionou uma considerável flexibilização na relação de trabalho clássica, de modo a influenciar, na maioria das vezes positivamente, nos negócios da empresa.

Ao proceder a uma análise do teletrabalho, se faz necessário evidenciar seus conceitos e modalidades, bem como a existência do vínculo empregatício do teletrabalhador em relação à empresa que o contratou, uma vez que o presente artigo traça um esboço teórico e prático mais detalhado acerca do teletrabalho subordinado, sem prejuízo da existência de teletrabalho autônomo. Também são relevantes os direitos que poderão ser assegurados aos teletrabalhadores, as vantagens e desvantagens dessa nova modalidade empregatícia, sua legislação aplicável e atual entendimento doutrinário e jurisprudencial.

2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A sociedade da informação é uma expressão dada à sociedade contemporânea que, desde o fim do século passado, vem ganhando espaço nos diversos cantos do mundo, em razão do aparecimento das novas Tecnologias de Informação e de Comunicação (TIC's).

Transpassando as barreiras geográficas, o exercício da atividade laboral aos poucos deixa de ser exclusivamente exercido nas dependências físicas ordinárias da

empresa para ser exercido também num ambiente externo às instalações empresariais, através da utilização intensiva das inovadoras tecnologias, a exemplo da internet, e-mail, áudio e vídeo conferência. (CASTRO, 2007)

Nesse contexto insere-se o teletrabalho, proporcionando ao empregador a prestação de seus serviços em local outro que não o espaço físico da empresa. Barros (2011) situa o teletrabalho entre os novos tipos de atividade descentralizada concebidos em meio à subversão da relação de trabalho clássica pelas inovações tecnológicas. Aliás, ressaltamos, são justamente essas inovações que permitem o trabalho aos níveis transregional, transnacional e transcontinental.

3 OS CONCEITOS E AS MODALIDADES

A priori, teletrabalho, no sentido etimológico do termo, significa “trabalho à distância”. Em virtude dessa conceituação demasiado abrangente, a definição precisa do que vem a ser teletrabalho se traduz como uma tentativa persistente dos mais variados doutrinadores que ensejam conceituá-lo. Essa tarefa dispendiosa também se justifica pela própria evolução histórica do teletrabalho, que fez emergir do entendimento de cada um dos autores conceitos vários, até podemos dizer, complementares entre si.

Di Martino e Wirth, (1990, p. 471) apresentaram um conceito que fora internalizado pela OIT. Disseram ser teletrabalho:

todo aquele trabalho executado em um local distante do escritório central ou instalação de produção, onde o trabalhador não tem nenhum contato pessoal com colegas de trabalho, e desenvolvido com a ajuda de uma nova tecnologia que habilita essa separação, facilitando a comunicação (tradução nossa).

Urge observar, contudo, que o próprio conceito de um “local de trabalho” está começando a desaparecer, segundo estudo feito por Di Martino, (2001, p.471). O autor assevera:

Qualquer lugar tem potencial de assumir este papel, quando a natureza do trabalho o exigir. Porque esta é uma área de rápida mudança; o esclarecimento e a definição do que precisamos por teletrabalho é uma necessidade urgente (tradução nossa).

A essência do conceito de teletrabalho encontrou eco nos dizeres de Nilles (1997), *in verbis*: “Levar o trabalho aos trabalhadores, em vez de levar estes ao trabalho, utilizando tecnologias de informação”. E não só informação, acrescentemos, como também comunicação. Significa dizer que o trabalho é levado ao trabalhador e não o contrário, como ocorre com a relação empregatícia clássica. Por ter contribuído decisivamente com a propagação do teletrabalho, Nilles é considerado por muitos o “pai do teletrabalho”.

Ilustrando a gama de definições dadas por autores diversos, Pedreira (2000, p. 583) conceitua teletrabalho como “a atividade do trabalhador desenvolvida total ou parcialmente em locais distantes da sede principal da empresa, de forma telemática”. Ofertando-nos seu conceito, o Código do Trabalho de Portugal de 2003, por sua vez, esclarece, em seu artigo 233, que:

Para efeitos deste Código, considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente, fora da empresa do empregador, e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação (PORTUGAL, 2003, p. 59)

Como podemos deduzir, todas as definições ora apresentadas nesse trabalho estão diretamente interligadas, de modo que a linha tênue das divergências entre elas é quase imperceptível aos nossos olhos. Sendo assim, para efeito deste trabalho, lançaremos o seguinte entendimento: se diz ser teletrabalho todo laço empregatício que apresente, de um lado, um empregador e, do outro, um empregado, subordinado àquele, cujos serviços são prestados em local distante da sede principal da empresa, por meio do uso de aparelhos informáticos e/ou aparelhos de telecomunicação.

No que tange às modalidades do teletrabalho, dividimo-las em quatro espécies principais, seguindo o estudo feito pela OIT, em 1990. Logo, o teletrabalho pode ser exercido no domicílio do teletrabalhador, num centro-satélite ou escritório-satélite (*"satelite broad office"*), num centro de teletrabalho ou centro de recursos, ou num escritório móvel ou portátil, razão pela qual podemos falar em teletrabalho móvel. Alguns estudiosos, atentos ao mesmo estudo da OIT, ainda classificam o teletrabalho quanto ao horário de trabalho, podendo ser feito a tempo total ou parcial, e quanto à situação sócio-profissional, caso em que poderá ser assalariado (dependente) ou independente (SERRA, 1996). São as inúmeras faces do teletrabalho que fundamentam

a qualificação de “flexível” que se costuma aplicar a ele, bem como constituem um dos grandes motivos de interesse em relação ao mesmo.

4 TRABALHO A DOMICÍLIO *VERSUS* TELETRABALHO

Ao proceder a uma análise mais completa do termo **teletrabalho** é possível que surja confusão de significados entre o referido termo e trabalho a domicílio. Entretanto, Pedreira (2000) já esclarece: “O trabalho a distancia é gênero que compreende várias espécies, uma delas o teletrabalho”. O trabalho a domicílio também é espécie desse gênero, mas não pode ser considerado como sinônimo de teletrabalho, uma vez que este, além do domicílio do teletrabalhador, pode ser exercido em centros satélites fora do estabelecimento patronal, em contato com ele, ou em outro local, de uso público.

A doutrinadora Barros (2011) ainda alude à diferenciação existente entre trabalho a domicílio e teletrabalho, abrangendo este último setores diversos, entre os quais tratamento, transmissão e acumulação de informação, assistência técnica e auditoria, digitação, contabilidade, tradução, além do uso de novas tecnologias, como a informática e telecomunicações. Ao passo que o teletrabalho, regra geral, é executado por pessoa qualificada, o trabalho a domicílio não necessita de tal requisito para consolidar-se.

5 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TELETRABALHO

Por se tratar, o teletrabalho, de uma espécie do gênero “trabalho à distância”, mister se faz mencionar o art. 6º da CLT, segundo o qual “não se distingue o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego” (BRASIL, 1943). Destarte, a legislação trabalhista nos fornece a possibilidade de o empregado exercer a atividade laboral em seu domicílio, não obstante a existência de um vínculo com seu empregador.

Como mencionado anteriormente, um estudo realizado pela OIT, em 1990, preconizou que o teletrabalho pode ser realizado no domicílio do teletrabalhador. Em razão disso e por não haver uma legislação específica que trate sobre o tema, não resta

dúvida que o citado artigo também é aplicável ao teletrabalhador. Barros (2011, p. 263) assevera o seguinte:

No direito do trabalho brasileiro não há legislação especial para o teletrabalhador, tampouco para o empregado a domicílio; logo configurado o liame empregatício, deverão ser aplicadas as normas trabalhistas gerais da CLT (art. 6º), adaptando-as às peculiares circunstâncias em que se desenvolve o teletrabalho.

Daqui depreende-se que a legislação aplicável ao teletrabalhador é a mesma que a dos demais trabalhadores subordinados. Entretanto, é preciso levar em conta que a Consolidação das Leis do Trabalho foi promulgada em 1943 e que o teletrabalho constitui-se como uma forma mais recente de trabalho, digamos moderna. Devido a esse lapso temporal, o teletrabalho possui algumas peculiaridades não previstas no Decreto-Lei 5.452/43. Tais peculiaridades serão analisadas posteriormente em tópico específico.

Atualmente existem no Brasil dois projetos que visam à criação de uma legislação regulamentadora do teletrabalho. O primeiro o Projeto de Lei 3.129 de 2004, de autoria do deputado Eduardo Valverde, visando alterar o art. 6º da CLT, incluindo em sua redação o trabalho realizado a distancia e um parágrafo único com o seguinte teor: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. A proposta atualmente está aguardando retorno na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Em 2008, o deputado Luiz Paulo Velozzo Lucas (PSDB-ES) apresenta o Projeto de Lei 4.505, visando estabelecer novos parâmetros e atualizar a legislação vigente, com o intuito de solucionar as lacunas legais existentes nessa nova relação *jus laboral*. Vale salientar que tal proposta não visa alterar a CLT, mas apenas complementar a regra do art. 6º, do mesmo diploma, para os fins de reconhecimento do vínculo empregatício no teletrabalho. A proposta tramita em caráter conclusivo e foi aprovada pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Atualmente a proposta está aguardando Deliberação de Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

6 VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O teletrabalho, apesar de se configurar como um formato alternativo que permite maior mobilidade ao empregador pode ser considerado uma relação de emprego ou, como alguns chamam, um vínculo empregatício. Por possuir uma forma incomum e por representar uma inovação nas próprias relações trabalhistas, isso fica menos evidente, o que, no entanto, não nos impede de analisar tais questões provando essa tese.

E com base em quê considerar essa modalidade um vínculo empregatício? Segundo Barros (2011, p. 260), com quem concordamos inteiramente nesse ponto, “o teletrabalho não neutraliza o contrato de emprego”. Ou seja, o instituto consegue ser visualizado como um vínculo empregatício por possuir as características que lhe são comuns, como a subordinação jurídica, a pessoalidade, a não-eventualidade e a onerosidade, além de outros elementos próprios do teletrabalho. Vejamos a seguir:

6.1 A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Colin, citado por Moraes Filho (1975, p. 222), nos fornece um dos melhores e mais aceitos conceitos para a Subordinação Jurídica:

Por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, onde nasce a obrigação correspondente para o empregado de submeter-se a essas ordens. Eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para opô-la principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista.

Embasados nisso, acreditamos na existência do instituto da subordinação jurídica quando tratamos do teletrabalhador não autônomo (já que essa também é uma possibilidade). Barros (2011, p. 261) assume também tal postura justificando-a com base em fatores como: “o controle facilitado por aparelhos de videofiscalização”, que permitem ao empregador saber se é mesmo o seu empregado que está desempenhando as atividades, dentre outras.

Há autores que não consideram a presença do elemento da subordinação jurídica no instituto do Teletrabalho, como é o caso de Estrada (2008), preferindo dizer que a relação existente entre o empregador e o teletrabalhador é chamada de telessubordinação. Barros (2011), por sua vez, admite a existência dessa denominação para o trabalho à distância (gênero do teletrabalho) e acredita ser possível fazer tal analogia, mas sem, necessariamente, diferenciá-la da subordinação jurídica em si.

A nosso ver, a telessubordinação surge como prova da existência da subordinação jurídica dentro dos contratos de teletrabalho. O que o diferencia é apenas a capacidade do controle diretivo ocorrer com maior ou menor intensidade, podendo tal controle acontecer durante a execução do trabalho ou em função de seu resultado.

6.2 A PESSOALIDADE

Todo contrato de trabalho é realizado com uma pessoa certa e determinada, a isso chamamos *intuitu personae*. Esse elemento, no contrato de teletrabalho, é discutido por alguns doutrinadores, entre eles o já citado Estrada (2008), que não atribui aos sujeitos do teletrabalho, principalmente ao empregado, as características de “pessoa certa e determinada”.

Aqui, aliados à própria CLT e ao fato de que, independente da presença física ou não do teletrabalhador trata-se de pessoas determinadas, defendemos a existência do *intuitu personae* nessa relação de trabalho, visto que, “o empregado não pode se fazer substituir por outrem na prestação de serviços, salvo esporadicamente e com a aquiescência do empregador” (BRASIL, 2008, p. 187). Ou seja, embora a possibilidade de substituição exista, já que a fiscalização dentro do domicílio do próprio trabalhador far-se-á mais complicada, precisamos trabalhar em cima da boa-fé dos contratantes, de modo que não há motivos suficientemente fortes para que discutamos a veracidade das relações e das partes que envolvem o contrato de trabalho.

6.3 A NÃO-EVENTUALIDADE

Embora possa haver alguma relação que se esgote com a própria execução da atividade, essa não é a regra, de modo que é evidente - e não há divergências

doutrinárias quanto a isso – a possibilidade de que as relações configuradas como teletrabalho sejam contínuas, reiteradas, permanente ou constante, a depender do que dispuser o contrato.

6.4 A ONEROSIDADE

Segundo Martins (2010), a onerosidade se classifica como aquilo que não é gratuito ou, de forma prática, quando o empregado recebe o salário pelos serviços prestados ao empregador. Para esse doutrinador, e os demais, o serviço voluntário não gera vínculo empregatício.

Em relação ao teletrabalho, é óbvia a relação de onerosidade existente no seu desenrolar, de modo que não discordamos que, tais contratos, por se tratarem de um tipo de emprego que depreende um alto grau de tecnologia, são muito bem remunerados.

6.5 OS SUJEITOS DO TELETRABALHO

Procedendo a análise do vínculo empregatício, a relação de emprego do teletrabalho possui, como as demais formas de relação de emprego, seus sujeitos básicos que, segundo a própria CLT, em seus artigos 2º e 3º, são o empregador e o empregado.

Nas estruturas do Teletrabalho, o empregador, assim como nas demais formas, é caracterizado, de acordo com o artigo 2º da CLT, como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (BRASIL, 1943).

Já o empregado, que na estrutura que estamos abordando trata-se, especificamente, do *teletrabalhador*, é a pessoa física que presta um serviço não ocasional, de forma onerosa e subordinada, e, segundo Estrada (2008), “é aquela pessoa que desenvolve atividades laborais através de antigas e novas tecnologias de informação e comunicação, distante da sede da empresa ou da pessoa física à qual presta serviços”. Sobre esse sujeito, é importante ressaltar que não se confunde com um profissional autônomo ou liberal – embora possa ser um –, e que se diferencia dos demais por prestar serviço fora do ambiente físico da empresa, ou seja, do empregador. Segundo a advogada Nascimento (2011) teletrabalhador pode prestar serviço em casa, dentro do

ambiente de trabalho do seu cliente, de vários clientes, ou, em suma, em qualquer ambiente que não seja, necessariamente, todos os dias, o ambiente do empregador.

Provada a existência do vínculo empregatício no Teletrabalho, bem como a falta de legislação específica para seu disciplinamento, ressaltamos a importância que tem cada contrato em particular.

7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

O teletrabalho é caracterizado por utilizar-se de modernos equipamentos tecnológicos e de meios de comunicação como internet e telefonia o que o faz ser, cada dia, mais recorrente entre as grandes corporações, pequenas empresas e seus empregados. Tal recorrência é prova que suas vantagens são cada vez maiores, não significando a inexistência das desvantagens. Sendo assim, trataremos um pouco dessas duas interfaces, tanto para o teletrabalhador quanto para o empregado.

Segundo o professor e renomado estudioso do teletrabalho, Estrada (2010)¹, em entrevista ao Jornal A Tarde de Salvador, as atividades rotineiras como “vestir o terno, enfrentar trânsito, chegar pontualmente, registrar ponto, almoçar fora de casa e se encontrar em meio a ruídos e conversas dos colegas” têm mudado para mais de 10,6 milhões de brasileiros, já que hoje podem usufruir da liberdade de trabalhar em suas próprias casas. E é essa que, aliada a redução de custos da corporação e o aumento da produtividade, visualizamos como uma das maiores vantagens desse tipo de contrato de trabalho para ambos os sujeitos da relação.

Especificamente para o trabalhador, a vantagem mais visível é, como defende Barros (2011, p. 259), a flexibilidade de horário que permite esse sujeito conciliar as atividades profissionais com as domésticas e demais necessidades familiares. Além disso, na maioria das vezes, o funcionário não precisa se deslocar de casa para o trabalho, economizando tempo e até as eventuais despesas com transporte. Ressalta, também, Estrada (2010)² que, “em casa o trabalhador produz até 30% mais que o

1 Entrevista realizada pela jornalista Beatriz Garcia ao professor *Manuel Martin Pino Estrada*, publicada em 21 de março de 2010, na seção *Empregos e Negócios do Jornal A Tarde de Salvador – Bahia*. Disponível em: <<http://blog.sobratt.org.br/2010/03/26/trabalho-em-casa-aumenta-a-produtividade/>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

2 Entrevista realizada pela jornalista Beatriz Garcia ao professor Manuel Martin Pino Estrada, publicada em 21 de março de 2010, na seção *Empregos e Negócios do Jornal A Tarde de Salvador – Bahia*. Disponível em: <<http://blog.sobratt.org.br/2010/03/26/trabalho-em-casa-aumenta-a-produtividade/>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

ambiente corporativo”, ao passo que um estudo realizado pelos doutores Gajendran e Harrison (2007) confirmam tal afirmação dizendo que as pessoas que trabalham em casa são mais produtivas e menos estressadas.

Pinel (1988) traz, ainda, outras muitas vantagens para o teletrabalhador. Segundo a autora, inexistente a relação de competição tão comum no ambiente convencional de trabalho, já que “o teletrabalhador não necessita conviver face a face com pessoas indesejadas, nem em clima de competição”. Outra vantagem é que o funcionário se sente menos pressionado durante o desempenho de suas atividades, o que lhe permite maior autonomia. Pinel chega até a considerar que as interferências e interrupções em casa são menores do que no ambiente de trabalho convencional, propiciando, inclusive, maior capacidade de concentração.

Para o empregador, ou seja, para as empresas que optam por contratar na forma de teletrabalho, por sua vez, as vantagens são, também, consideráveis. Num mundo cada dia mais globalizado e capitalista a necessidade de funcionamento além do horário comercial é crescente, e o teletrabalho oferece a oportunidade de a empresa operar 24 horas globalmente. Aliado a isso, há a agilidade no funcionamento da mesma em relação ao mercado, e o grande número de tarefas que a modalidade abrange. Segundo Barros (2011), em concordância com a grande maioria dos doutrinadores, “a redução do espaço imobiliário, com a diminuição de custos inerentes à aquisição de locais, aluguéis, manutenção, transportes, etc.” configuram umas das principais vantagens.

No mais, destacam-se como vantagens para a própria empresa questões já vistas como lucro para os empregados, como no caso da maior produtividade e do menor nível de estresse do funcionário, já que é de conhecimento geral as grandes desvantagens trazidas por um ambiente de trabalho carregado pelo estresse. Barros, com base nas considerações de De Los Cobos, trata disso em meio a tantas outras vantagens por ela encontradas:

A par dessas vantagens, propicia uma atenção melhor aos clientes mediante a conexão informática/telemática; gera maior produtividade pelo empregado, em face ao desaparecimento do absenteísmo, da eliminação de tempo perdido, sobretudo no trânsito, da maior motivação e da satisfação no exercício da atividade. Além desses aspectos, a empresa se vê livre das greves de transporte, dos acidentes no trajeto do trabalho, dos fenômenos meteorológicos, entre outros. (DE LOS COBOS, 2001 *apud* BARROS, 2011, 259)

As vantagens não se limitam, no entanto, apenas ao empregado e empregador, extrapolam as fronteiras dos sujeitos em si, abrangendo o meio ambiente a sociedade de um modo geral. Isso porque o fato do teletrabalho reduzir o uso de transportes, por exemplo, permite a redução da poluição e até do congestionamento do tráfego. Além do mais, a modalidade em questão tem gerado empregos com um maior alcance de beneficiários, como no caso dos portadores de deficiências que poderão trabalhar sem ter de enfrentar a dificuldade de locomoção e de ambientes de trabalho devidamente adaptados. Ou seja, nas palavras de Estrada (2007):

O teletrabalho é capaz de produzir tantos empregos altamente especializados quanto aqueles que demandam menos especialização, atingindo, portanto uma grande quantidade de trabalhadores, inclusive que hoje se encontram excluídos do mercado de trabalho.

Outro ponto, é o trazido pela professora Pinel (1988), quando fala da “diminuição nos valores dos imóveis praticados pelo mercado imobiliário”, ou seja, levanta aqui a possibilidade de que os trabalhadores não precisem, necessariamente, migrar para as grandes cidades para trabalhar, diminuindo, portanto, a procura por habitação em zonas urbanas e, conseqüentemente, os preços dos imóveis.

As desvantagens, como já mencionamos, existem, ainda que em menores quantidades. Para alguns, a maior dessas desvantagens seria a falta de legislação específica para tratar da relação complexa do teletrabalho, o que, no nosso entender, ainda que seja uma dificuldade, já que gera confusões – para os juízes, principalmente - no momento de aplicação de alguns institutos trabalhistas, não se configura como impedimento, visto que os contratos são redigidos com base em normas dispostas na própria CLT, a exemplo de seu artigo 6º.

Desse modo, passamos para algumas dificuldades vista como mais pontuais. É o que ocorre, por exemplo, com a menor proteção social, em nível de tutela sindical e administrativa, ofertada ao empregador. Porque embora o teletrabalhador possua a possibilidade de registrar-se em um sindicato e junto a ele exercer o seu direito de greve, esse último ficará prejudicado, ou dificultado, segundo Barros (2011), pelo fato do trabalhador laborar a distância.

A dificuldade de fiscalização do trabalho desempenhado pelo teletrabalhador e o conseqüente comprometimento do poder diretivo do empregador são um porém a ser

considerado, pois fica difícil a autoridade administrativa exercer uma atividade de vigilância ao cumprimento de horários e de produtividade quando há um direito à intimidade e a vida privada do empregado a serem respeitados, visto que o domicílio do empregador, por exemplo, é inviolável e que um fiscal do trabalho só poderia entrar no domicílio do empregado com a sua estrita autorização. Para resolver esse problema as empresas têm procurado desenvolver mecanismos de controle que satisfaçam tais dificuldades. A empresa Gol Linhas Aéreas é um desses exemplos: utiliza-se de um software que reduz as distrações digitais, impedindo que o atendente use outro programa enquanto está usando as ferramentas que necessita para desempenhar suas atividades; tem um sistema com um leitor de impressões digitais, exigindo uma identificação biométrica do funcionário a cada meia hora, impedindo-o de sair para executar outra atividade qualquer ou até colocar outra pessoa em seu lugar.

Outra desvantagem bem recorrente entre os doutrinadores é a do chamado Isolamento Social, ou seja, os empregados, por trabalharem em suas casas ou distantes do ambiente de físico do empregador não têm o contato – comum das corporações – com outros trabalhadores. No mais, registramos o alto grau de investimento com equipamentos, já que esse tipo de emprego requer um aparelhamento de tecnologia avançada o qual o empregador nem sempre tem condições de arcar, bem como o elevado índice de distrações oferecidas pelo ambiente doméstico, exigindo desse funcionário um perfil diferenciado, cuja capacidade de concentração e disciplina seja bem aguçada.

Em suma, ainda que existam dificuldades e que essas estejam, pouco a pouco, sendo solucionadas, segundo Estrada (2010), “é a relação de confiança entre empregado e empregador que vai garantir o sucesso da modalidade”, pois independente do local de trabalho escolhido, o colaborador não deixa de assumir papéis e responsabilidades para com a empresa.

8 DIREITOS DOS TELETRABALHADORES E SUAS PECULIARIDADES

O teletrabalho é uma relação de trabalho que se realiza à distância, fora do ordinário local de trabalho. Essa distância física existente entre o teletrabalhador e a empresa pode suscitar alguns problemas concernentes à determinação da competência

para dirimir os conflitos trabalhistas e qual legislação será aplicada no caso de teletrabalho transnacional.

O artigo 651 da CLT traz a seguinte redação, “a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, presta serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro” (BRASIL, 1943). Quando se trata de teletrabalho nacional, fica fácil perceber que será competente para dirimir os conflitos, a Vara Trabalhista do lugar da prestação dos serviços. Vale salientar que nada impede que as partes elejam um foro competente para dirimir os conflitos, desde que o contrato seja celebrado por escrito, como preconiza o art. 78 do Código Civil.

O problema com relação a qual lei será aplicada para delimitar os direitos trabalhistas do teletrabalhador surge quando se verifica o teletrabalho transnacional, que ocorre quando uma empresa de um determinado país contrata trabalhador residente em outro país para realizar suas atividades laborais, a partir do seu país de origem, utilizando-se de recursos telemáticos. Se um trabalhador brasileiro é contratado por uma empresa estrangeira para realizar, por via telemática, seu trabalho no Brasil, *a priori*, será a lei brasileira aplicada para a resolução dos conflitos, a menos que as partes elejam outra lei. Logo, as partes podem eleger a lei que será aplicada, desde que respeitados os princípios da proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de trabalho. Como assevera Andrade (2007, p. 298 - 299):

É importante frisar que boa parte das normas laborais que determinam os direitos do trabalhador têm caráter imperativo, não podendo ser afastadas ou suprimidas pela vontade das partes. Assim, em caso de dúvida quanto à lei que determinará os direitos laborais do trabalhador, deve-se levar em conta sempre o princípio protecionista.

Com o avanço da tecnologia, o teletrabalhador pode exercer seu labor a qualquer hora e em qualquer lugar, através de computadores, *smartphones*, celulares e de outros meios telemáticos. De fato, o teletrabalho não apenas retira o trabalhador de dentro da empresa, mas também altera o modo e o tempo em que as tarefas são executadas. Fatores estes que dificultam a definição de uma jornada de trabalho e a implementação do pagamento de horas extras.

Por ser um pouco complicado definir uma jornada de trabalho, alguns teletrabalhadores, ao invés de aderir ao regime regular de 8 horas diárias ou 44

semanais, preferem aderir ao regime de metas, tendo que semanalmente, em geral, prestar contas ao empregador das tarefas que lhe foram incumbidas. Nestes casos não há que se falar em horas extras, pois quem literalmente define a jornada de trabalho é o próprio trabalhador.

Para alguns estudiosos do Direito, o teletrabalho é incompatível com jornada extraordinária de trabalho, por se tratar de uma jornada aberta de trabalho. Nós nos filiamos à mesma corrente de pensamento que Barros (2011, p. 263) assume ao afirmar que é possível:

[...] aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, quando estiver em conexão permanente com a empresa que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho mediante a utilização de um programa informático, capaz de armazenar na memória a duração real da atividade, dos intervalos, ou o horário definido pela exigência dos clientes do empregador, sem que o teletrabalhador tenha liberdade para escolher as horas que pretende trabalhar ao dia. Não há incompatibilidade entre o teletrabalho e a jornada extraordinária e, conseqüentemente, é possível também fixar o salário por unidade de tempo.

Portanto, o teletrabalho, a jornada fixa e a jornada extraordinária são plenamente compatíveis, desde que a empresa se utilize dos mecanismos corretos para o controle das atividades de seus teletrabalhadores, neste caso, o programa informático específico.

Outras questões que podem suscitar dúvidas concernentes aos direitos dos teletrabalhadores são a equiparação salarial, a quem compete o dever de fornecer o material necessário à prestação do serviço e a questão dos acidentes de trabalho.

Por não haver legislação pátria específica sobre teletrabalho, os direitos dos teletrabalhadores foram garantidos através da interpretação analógica do art. 6º da CLT. Da mesma forma, o art. 83 da CLT com a seguinte redação, “é devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere” (BRASIL, 1943, quando interpretado analogicamente garante ao teletrabalhador a isonomia salarial. Destarte, não pode haver diferença salarial entre um empregado que exerça suas atividades na empresa e outro que exerça a mesma função a distancia.

Pelo fato de sair do local regular de trabalho e exercer suas atividades laborais em casa, o teletrabalhador em domicílio tem que se munir de uma extensa gama de equipamentos eletrônicos, como notebook, *scanners*, impressora, fax, *modems* de

internet. Todo este material deveria ser fornecido pela empresa, pois eles cedidos “para” o trabalho e não “pelo” trabalho. Dessa forma, as despesas são de responsabilidade do empregador e não do empregado, como acontece nos Estados Unidos. Porém não é o que sempre acontece no Brasil, pois algumas empresas se aproveitam da falta de regulamentação para impor aos trabalhadores que desejam laborar em suas residências a aquisição do material necessário.

No que concerne ao acidente de trabalho, nas palavras de Cláudio Roberto Carneiro Castro, Juiz do Trabalho da 3ª. Região:

O teletrabalho não provoca qualquer distorção no que respeita aos pressupostos de qualificação do acidente do trabalho, mas há a necessidade de revisão e atualização das patologias típicas que se manifestam neste recente modo de laborar (CASTRO, 2007).

9 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TELETRABALHO

Em que pese à esparsa jurisprudência sobre o tema deste trabalho, visualizaremos dois exemplos de decisões tomadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. A primeira refere-se ao agravo de instrumento com recurso de revista do TST, de relatoria do ministro Maurício Godinho Delgado, que tratou de vários temas relevantes acerca do teletrabalho. A começar pela existência da subordinação e do vínculo empregatício no contrato de teletrabalho, o renomado ministro nos diz:

O teletrabalho e o trabalho em domicílio (*home office*) tornaram-se freqüentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. **Isso não elimina, porém, necessariamente, a presença de subordinação na correspondente relação socioeconômica e jurídica entre o trabalhador e seu tomador de serviços**, desde que ultrapassado o conceito tradicional desse elemento integrante da relação empregatícia em favor de sua dimensão objetiva ou, até mesmo, em favor do conceito de subordinação estrutural. (BRASIL, 2010, grifo nosso)

Outro ponto de inafastável importância refere-se ao fornecimento de valores que custeiem despesas da empresa e de equipamentos que auxiliem o teletrabalhador no exercício de sua função.

Finalmente, havendo pagamento pelo empregador ao obreiro de valores realmente dirigidos a subsidiar despesas com telefonemas, gastos com informática e similares, no contexto efetivo do *home office*, não têm tais pagamentos natureza salarial, mas meramente instrumental e indenizatória. Na mesma linha, o fornecimento pelo empregador, plenamente ou de modo parcial, de equipamentos para a consecução do *home office* obreiro (telefones, microcomputadores e seus implementos, etc.) não caracteriza, regra geral, em princípio, salário *in natura*, em face de seus preponderantes objetivos e sentido instrumentais (BRASIL, 2010).

Por sua vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em Minas Gerais, já possui um acervo jurisprudencial sobre o teletrabalho. Complementando o entendimento do TST acerca da entrega de aparelhos para o desenvolvimento da atividade laboral, evidenciamos uma decisão publicada em 2009, cujo relator convocado foi o juiz Jessé Cláudio Franco de Alencar. Em seu texto, encontramos a seguinte afirmação:

Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação (BRASIL, 2009).

Em virtude das crescentes necessidades tecnológicas e do próprio processo de globalização, acreditamos que a quantidade de casos concretos que versem sobre o presente tema só tende a aumentar, juntamente com o número de teletrabalhadores no quadro das empresas, o que gerará, na menor das hipóteses, um arcabouço jurisprudencial unificado, ou, na maior, uma regulamentação específica sobre o teletrabalho dentro da nossa legislação trabalhista.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisada a origem do teletrabalho e visto que seu desenvolvimento está intimamente ligado à sociedade da informação, podemos afirmar que, se o seu presente revela uma capacidade de adaptação às novas formas de relações interpessoais e

trabalhistas existentes, o seu futuro é bastante promissor. Isso porque esse instituto, ainda que sem regulamentação formal específica, consegue ser uma opção bem vista e crescente entre as grandes corporações e pequenos negócios.

Tendo nós, com o subsídio de alguns doutrinadores, provado a existência de um vínculo empregatício formal nas relações entre o teletrabalhador e a empresa que o contrata, evidenciamos a imensa validade e adaptação que o teletrabalho possui dentro da sociedade contemporânea.

Todas essas evidências, unidas às inúmeras vantagens por nós apresentadas e as possíveis soluções hoje encontradas para suprir as dificuldades, ajuda-nos a provar a imensa contribuição para o Brasil atual desse instituto jurídico, de modo que os próprios entendimentos jurisprudenciais procuram se adequar, cada dia mais, a casos concretos.

Isso não significa, no entanto, que nos eximimos da realidade desafiadora, cheia de peculiaridades que abrangem desde a ordem jurídica até a tecnológica e que, por isso, merecem atenção, cuidado e, claro, respeito. Mas o que não se pode deixar de reconhecer é o grande número de teletrabalhadores existentes no Brasil e a sua capacidade de adaptação às questões ambientais, à natureza e às complexas relações de trabalho e de consumo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de. Teletrabalho no Ordenamento Jurídico brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v.15, n.1, p. 284-303, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Decreto Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. **Projeto de Lei nº 3.129**, de 11 de Março de 2004. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras providências. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2004.

_____. **Projeto de Lei nº 4.505**, de 16 de Dezembro de 2008. Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2008.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento com Recurso de Revista nº 62141-19.2003.5.10.0011. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 16 abr. 2010. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2062141-19.2003.5.10.0011&base=acordao&numProcInt=118197&anoProcInt=2006&dataPublicacao=16/04/2010%2000:00\)00&query=>](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2062141-19.2003.5.10.0011&base=acordao&numProcInt=118197&anoProcInt=2006&dataPublicacao=16/04/2010%2000:00)00&query=>)>. Acesso em: 10 nov. 2012

_____. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Recurso Ordinário nº 00977-2009-129-03-00-7. Relator: Convocado Jessé Cláudio Franco de Alencar. Minas Gerais, 26 nov. 2009.

CASTRO, Cláudio Roberto Carneiro. **Teletrabalho**: a mais expressiva forma de trabalho do século XXI. Amatra 3. Belo Horizonte, 2007. Publicado em meio eletrônico. Disponível em: <http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/Teletrabalho%20-%20Artigo%20-%20Escola%20Judicial%20-%20Juiz%20Cl%C3%A1udio%20Castro.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2011.

DI MARTINO, Vittorio. **The high road to teleworking**, International Labour Organization. Geneva, 2001. Disponível em: <<http://sidtu.org/SID-UNION-FILES/SID-PDF-DOCS/ILO-Teleworking.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

DI MARTINO, Vittorio; WIRTH Linda. Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida, **Revista Internacional del Trabajo**. Ginebra, OIT, v. 109, n. 4, p. 471, 1990.

ESTRADA, Manuel Martín Piño. Horas extras e sobreaviso no Teletrabalho. **Revista de Derecho Informatico Alfa-redi**. Edição nº 121, agosto 2008. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10729>>. Acesso em: 05 set. 2011.

ESTRADA, Manuel Martín Piño. Panorama Juslaboral do Teletrabalho na América Latina e na Europa. **Revista de Direito das Novas Tecnologias**. São Paulo: Editora IOB, 2008, v. 1.

GAJENDRAN, Ravi S.; HARRISON, David A. The Good, the Bad, and the Unknown About Telecommuting: MetaAnalysis of Psychological Mediators and Individual Consequences. **Journal of Applied Psychology**. Vol. 92, Nº 6, 2007. p. 1524-1541. Disponível em: <<http://www.apa.org/pubs/journals/releases/apl-9261524.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2011.

Jornal da Justiça (2011), TV Justiça, Reportagem de Giselle Loureiro sobre Justiça e Trabalho – Teletrabalho, 24 de Maio. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=zLZZSG4jeZ0>>. Acesso em: 07 set. 2011.

LAS TICS PARA UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA. UNA MIRADA TRANSVERSAL. Buenos Aires, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.

NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma Realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores**. São Paulo: Futura, 1997.

PACHECO, M. OIT y Teletrabajo. In: 1º FORO DE TELETRABAJO "LAS TICS PARA UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA. UNA MIRADA TRANSVERSAL". Buenos Aires, 28 e 29 de outubro de 2008.

PEDREIRA, Pinho. O Teletrabalho. **Legislação do Trabalho**. [s/I], n. 05, v. 64, p. 583, 2000.

PINEL, M. F. L. **Teletrabalho, o Trabalho na Era Digital**. 1988. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1988.

PORTUGAL. Código de Trabalho de Portugal. Lei nº 99/2003, de 27 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://intranet.uminho.pt/Arquivo/Legislacao/RelacaoJuridicaEmprego/L99-2003.PDF>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

SERRA P. **O Teletrabalho: conceito e implicações**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 1996. Disponível em: <http://bocc.ubi.pt/pag/jpserra_teletrabalho.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2011.

TERCEIRIZAÇÃO E TRABALHO VIRTUAL: novos desafios ao direito do trabalho

Pedro Henrique Sousa de Ataíde

Bacharelado em Direito – UFPB.
Monitor da disciplina Direito do Trabalho I.

Rafael Alves de Menezes

Bacharelado em Direito – UFPB. Monitor da disciplina
Legislação social, trabalhista e previdenciária.

RESUMO

O advento de novas tecnologias possibilitou a existência do teletrabalho. Verifica-se em tal modalidade os requisitos da relação de emprego e a possibilidade de terceirização deste. Nessa senda, o escopo do presente artigo é demonstrar que é possível estabelecer vínculo empregatício entre o trabalhador virtual e o tomador dos serviços, quando a terceirização for ilícita.

Palavras-Chave: Teletrabalho. Terceirização. Emprego.

ABSTRACT

The advent of new technologies has turned teleworking into a real option for some people. In certain situations, it's possible to see the elements of an employment relationship in this kind of work, even when it is outsourced. Under this point of view, this article's main goal is to demonstrate the possibility of the existence of an employment tie between the teleworker and the customer corporation, in case of illegal outsourcing.

Keywords: Teleworking. Outsourcing. Work.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças oriundas do desenvolvimento tecnológico impõem ao direito do trabalho a adaptação de seus institutos às transformações sociais que dela decorrem. Assim, vislumbra-se a possibilidade de uma nova modalidade de labor, qual seja, o teletrabalho ou trabalho virtual. O teletrabalhador difere do tradicional, visto que não desempenha suas atividades no estabelecimento do empregador. Percebe-se, desde já, que a caracterização dessa nova modalidade de trabalho poderá suscitar controvérsias na análise dos institutos do direito do trabalho previstos na ordem jurídica pátria.

Nessa senda, far-se-á a análise do trabalho virtual, bem como da terceirização deste, para depois adentrar ao estudo dos requisitos da relação de emprego, ressaltando-se a possibilidade de verificá-los no teletrabalho. Após tais perquirições, proceder-se-á a

análise dos métodos interpretativos que devem ser adotados ao se enfrentar a presente problemática.

2 O TRABALHO VIRTUAL

Com o advento da Revolução Técnico-científica, houve uma grande inserção de tecnologia e informação no mercado de trabalho, voltando-se para a informática, robótica, telecomunicações, dentre outros, o que foi sentido, também, nas relações de trabalho. No que tange a essas, quanto à inserção desses meios, é constatado que não existe mais limites físicos quanto ao exercício das atividades laborativas, inexistindo aquele controle pessoal, verificado tradicionalmente.

Aliado ao exposto, temos diversas causas que fizeram nascer a necessidade desse tipo de trabalho, quais sejam: (a) facilidade proporcionada pelas novas tecnologias; (b) redução de despesas; (c) necessidade de superação de fronteiras para a busca de mão-de-obra qualificada etc.

Hodiernamente, encontra-se, o trabalho, gerenciado eletronicamente, remotamente, havendo, assim, uma busca por novos meios de trabalho e adequação buscando melhores meios de mercado e atendimento das necessidades das empresas.

Portanto, podemos definir teletrabalho (ou trabalho virtual) como aquele que é executado fora do local central (ou seja, a sede empresarial) em que se produz comumente, não havendo, portanto, um contato direto com o empregador e, também, o controle por este exercido. Não obstante essa incomunicabilidade direta, existem meios tecnológicos à disposição se for necessária a comunicação, como celulares, computadores, dentre outros. O poder diretivo, desse modo, é exercido através dos meios de comunicação tecnológicos, pelos quais são passadas as diretrizes, orientações etc., como ocorrem na relação de trabalho pessoal, apenas é utilizado outro meio.

Nesse palmilhar, encontramos várias definições do que seria o trabalho virtual, quais sejam:

Este es un tipo singular de trabajo a distancia, propio de labores de cualificación media o alta, en que la dirección y el control de directos sobre el teletrabajador son sustituidos por la comunicación con este a través de medios informáticos o audiovisuales. El trabajador desarrolla así su prestación fuera de la empresa, en su domicilio u otro

lugar normalmente elegido por él mismo, sin estar necesariamente sujeto a horario o jornada, sirviéndose de tales medios para enviar y recibir encargos. (RAYMOND, 2003, p. 35-36)

E ainda temos Martino; Wirth (1990, p. 471) que afirmam:

el trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal com sus colegas, pero está en condiciones de comunicar com ellos por medio de las nuevas tecnologías.

Entretanto, o trabalho virtual que nos interessa no presente trabalho é aquele dotado de subordinação jurídica, e não àquele realizado autonomamente, exercido mediante remuneração, desse modo, há uma subsunção a todos os requisitos de emprego posteriormente citados, apenas com uma peculiaridade, ou um *plus*, que é a realização mediante o uso de instrumentos tecnológicos.

2.1 A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO VIRTUAL

Essa modalidade de labor está aliada às novas tendências das relações de trabalho, em que se tem como cerne a evolução da produção especializada de mercado, e como norte, o desenvolvimento das empresas, visando à supressão de direitos e fuga das obrigações trabalhistas.

Ainda, é possível se verificar vários pontos negativos da virtualização do trabalho, quais sejam:

a) a fragmentação do trabalho; b) a impossibilidade de conhecimento por parte dos teletrabalhadores do conjunto da empresa e de seu mercado; c) o controle pelo computador central da empresa através de programas de mensuração de produtividade; d) o pouco ou nenhum contato com colegas ou hierarquia, o que repercutirá em ausência de sentimento de coletividade; e) dispersão territorial dos teletrabalhadores dificultando a ação sindical; f) isolamento social; g) não separação da vida profissional da vida privada; h) tratamento salarial diferenciado; i) deficiência na proteção jurídica; j) menos oportunidades de promoção e ascensão na carreira profissional; l) 'feminização' do trabalho (o que não é bom já que mulheres estariam sendo recrutadas para teletrabalhar em atividades menos qualificadas, mais padronizadas e sem perspectivas de ascensão na carreira; m) estagnação da capacidade produtiva do indivíduo já que o trabalho se torna rotineiro, mecânico e estático (digitação e tratamento de jogo de

dados); n) pré-disposição para enfermidades relacionadas ao uso de videoterminal (por exemplo, o glaucoma, etc.). (JARDIM *apud* UCHÔA, 2009, p. 3).

Ou seja, ao se permitir tanto a terceirização como o trabalho virtual, ocorre uma supressão de direitos conquistados na segunda dimensão dos direitos humanos. Há uma negação de vários direitos, inclusive internacionalmente conquistados. Não nos parece cabível, com o ordenamento vigente e na presente ordem constitucional, que não haja a responsabilidade direta e a formação de um vínculo com a tomadora de serviços, pois esta sim é a empregadora real. Oportunamente, cumpre apresentar um pensamento bastante esclarecedor - *in verbis*:

para garantir um equilíbrio entre mercado e relações sociais, em níveis globais, não há como competir com a dinâmica assustadora do neoliberalismo a não ser se utilizando de mecanismos jurídicos com idêntica eficácia que os utilizados pelo mercado. Neste sentido, a autora propõe a multiplicação dos processos de integração interestatais, para efeito de se plasmar um sistema jurídico em comum, supranacional. (UCHÔA, 2009, p. 3).

Em contraposição, o que vale ser dito é a necessidade de adaptação da legislação brasileira ¹ às novas necessidades dos mercados, consumidores, etc. No entanto, sem entender que adaptação é sinônimo de suprimento de direitos, mas sim consistente na reformulação da legislação no sentido de se adequar ao mundo pós-moderno².

1 Em um aresto bastante lúcido prolatado pelo Egrégio TST, se corrobora com nossa posição aqui adotada: “Não se ignora, portanto, a necessidade de se promover uma adaptação do direito do trabalho a esses novos tempos e até mesmo concedo que tal se dará mediante a flexibilização do direito do trabalho (se bem que não na direção pretendida pelas frações mais conservadoras do empresariado nacional, pelo menos como entendo). Tal flexibilização, entretanto, há que ocorrer na mesma medida em que o paradigma da especialização flexível for sendo implantado de forma adequada e socialmente justa, respeitando a Constituição da República e as leis do país, o que está por exigir uma legislação de transição. Enquanto inexistir tal legislação, há que se construir uma jurisprudência de transição, o que exige do operador judiciário do direito sensibilidade social redobrada e, ao mesmo tempo, aguçada atenção para as mudanças em curso. Sem perceber adequadamente o que se passa no mundo do trabalho e admitir a flexibilização do direito do trabalho desde logo, importa dar curso e vigência a uma idéia que ainda não produziu plenamente seus efeitos no mundo real, porque o momento ainda é de transição. Isso importaria, em última instância, em fazer da flexibilização uma idéia certa no momento e no lugar errado. Em suma, seria mais uma idéia fora do seu lugar e do seu tempo.” (Processo: AIRR - 3103-22.2010.5.08.0000 Data de Julgamento: 25/05/2011, Relatora: Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2011.)

2 Concebido como prática social, o direito deve ser visto como um conjunto de normas que expressa os conflitos e as tensões dos grupos sociais e indivíduos historicamente sedimentados dentro de uma determinada formação social. O direito representa, portanto, o substrato do

2.2 NATUREZA JURÍDICA E DISPOSIÇÃO LEGAL

Como citado anteriormente, em nosso ordenamento pátrio, falta uma regulamentação quando se trata das novas relações de trabalho, tanto do trabalho virtual, quanto da terceirização, a qual discorreremos adiante. Em consonância, utiliza-se a analogia e a interpretação extensiva das leis vigorantes, como forma de abarcar o que não está regulado.

É cediço que o contrato trabalhista é bastante informal, podendo ser avençado tanto verbalmente, como, também tacitamente, como reza o caput do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), qual seja: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

Nesse palmilhar, não resta dúvida, ao utilizar uma interpretação que amplia os efeitos da lei e a adequa às novas tendências, que o contrato de trabalho virtual pode ser configurado.

Em que pesem às alegações de vários doutrinadores que exigem a presença física do empregado no local de trabalho, falando-se até mesmo em parassubordinação³, outro dispositivo legal não é menos esclarecedor ao reforçar que não há necessidade do trabalhador estar presencialmente no estabelecimento empresarial, senão vejamos o que discorre o art. 6º da CLT: “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego” (BRASIL, 1943).

Insta frisar que, após o reconhecimento da relação de emprego, todos os direitos dela decorrentes devem ser garantidos segundo a legislação tradicional, devendo, o empregador, prover, onde quer que seja, a prestação do trabalho, boas condições,

conflito social e serve de instrumento não apenas para apaziguá-lo, mas também para transformar a realidade que o forja. Ocorrendo uma crise nas práticas sociais, nas relações de poder vigentes no corpo social, o ordenamento jurídico pode abrir espaço para que nele se plassem novos direitos às classes dominadas.

Portanto, o direito depende fundamentalmente da relação de forças na sociedade. Logo, dota-se de um caráter paradoxal, exercendo não apenas a função de reconduzir o poder às classes dominantes como também de transformar a própria realidade social que pretende, em princípio, sustentar e conformar” (REZENDE, 2006, p. 68)

3 Corrente tradicionalista que tem por objetivo a proibição do enquadramento do trabalho virtual nos moldes da lei trabalhista vigente, com o argumento de que a subordinação jurídica nas relações de trabalho virtual não é equivalente a das tradicionais. Será melhor explicitado, adiante.

fornecimento de equipamentos, obedecendo, também, às normas de segurança e medicina do trabalho.

3 TERCEIRIZAÇÃO

De forma paralela a todas as relações de trabalho comuns, ou seja, àquelas que são bilaterais, onde há dois polos (o empregador e o empregado), as necessidades das empresas, do mercado, e do capitalismo exigiram cada vez mais meios de redução de gastos⁴, e ainda mais, com o processo de competitividade à vapor, exigiram que o direito regulasse uma nova modalidade de trabalho, qual seja a terceirização.

A terceirização⁵, portanto, é uma relação trilateral, havendo, desse modo, três polos: o empregado, o prestador de serviços e o tomador de serviços. Verifica-se que, dentro dessa relação, há uma relação trabalhista perfeita, encontrando-se presentes todos os requisitos para sua formação, são eles: continuidade, pessoalidade, subordinação jurídica, onerosidade e alteridade⁶. Nessa linha, a relação entre o empregado e o prestador de serviços é uma relação típica de trabalho, e a terceirização, atípica. Assim também é a posição de Delgado (2010, p. 414), corroborando nosso pensamento, *in verbis*: “Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente.”.

Igualmente, temos diversos conceitos que tentam buscar o que realmente é a terceirização para o Direito do Trabalho, senão vejamos:

[...] transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento

4 O objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de ‘especialização flexível’, ou seja, aparecem empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção, mas com capacidade para atender a mudanças de pedidos de seus clientes (BARROS, 2008, p.446).

5 O objetivo da terceirização é diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Alguns especialistas denominam esse processo de ‘especialização flexível’, ou seja, aparecem empresas, com acentuado grau de especialização em determinado tipo de produção, mas com capacidade para atender a mudanças de pedidos de seus clientes (BARROS, 2008, p. 446).

6 Para Martins (2011), os requisitos da relação de trabalho são: continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade. Portanto, vale ressaltar que o contrato de trabalho deve ser prestado de forma contínua e com pessoa certa e determinada, onde sua atividade é dirigida pelo empregador que deverá remunerá-los e assumir os riscos da empresa.

das necessidades socialmente sentidas” (TRINDADE *apud* BARROS, 2008, p. 446);

A transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade. (SILVA, 1997, p. 30);

[...] processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originariamente seriam executados dentro da própria empresa (POLONIO, 2000, p. 97).

Não obstante a presença de um terceiro na relação, eis que surge essa modalidade atípica de trabalho, se valendo da relação de trabalho bilateral perfeita formada entre empregador e empregado, brotando o tomador de serviços, completando a relação trilateral. Este, através de um contrato de prestação de serviços (formado com o empregador [ou prestador de serviços]), avença, como forma de adequar e suprimir os custos e otimizar a produção, a realização de uma atividade-meio da sua empresa, se concentrando esta, apenas, nas atividades inerentes ao negócio que se atua.

Nesta senda, o prestador de serviços intermedeia a relação entre o empregado e o tomador, sendo este o empregado real, pois é este que realmente usufrui da mão-de-obra disposta pelo empregado, e aquele o aparente.

3.1 DISCIPLINA LEGAL

Como bem é sabido, o legislador não acompanha a velocidade com que os anseios sociais se desenvolvem, havendo diversas vezes lacunas a serem completadas pela aplicação jurisdicional, uma vez que os juízes são provocados e obrigados a dar uma prestação jurisdicional que seja, dentre do livre convencimento motivado, ao que se pleiteia.

Como é cediço, a regulamentação da terceirização se dá de modo precário, não havendo uma lei esgotando o tema, nem pelo menos pormenorizando e indicando as possibilidades de licitude dessa modalidade de trabalho. Sua regulamentação se dá através da Súmula nº 331 do TST⁷, o que causa uma enorme insegurança jurídica para

⁷TST Súmula nº 331 - Revisão da Súmula nº 256

os trabalhadores e empresas; sua disposição segue em conformidade às decisões judiciais, uma vez que prescinde de lei específica.

Outro tema que se deve atenção é o próprio desvirtuamento do que seja atividade-meio e atividade-fim⁸ para satisfazer melhor o interesse das empresas. Hoje em dia, talvez até por uma falta de legislação que defina o tema. Sabe-se, apenas, que é proibido terceirizar o que seria atividade-fim da empresa, permitindo-se, apenas, quando temporário. Mas o que seria atividade-fim? Quais os seus limites? Sem essa definição, o juiz é incumbido, à seu livre critério, definir o que seriam tais atividades, o que gera uma enorme dúvida e insegurança⁹.

Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador os serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

8A atividade-fim são as incumbências consideradas centrais ou nucleares da atividade desenvolvida pela empresa. Apenas em exceção se admite a terceirização da atividade-fim, somente quando para trabalho temporário, quando se tratar de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente ou se tratar de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.

9 A definição de atividade meio é excessivamente subjetiva. Em tese são atividades não ligadas ao objetivo social do tomador, como a limpeza de um estabelecimento bancário, por exemplo. Simples? Pelo contrário. Vários setores terão imensa dificuldade de classificação. Serviços de digitação, por exemplo, poderiam ser terceirizados mesmo com os empregados trabalhando dentro do estabelecimento comercial do tomador? Perguntas como essa ainda são uma incógnita em nossa legislação o que leva muitos empresários a arriscar uma contratação terceirizada, mas sem nenhuma garantia de que nosso judiciário não julgue procedente eventual reclamação trabalhista entre funcionário e tomador de serviços.” (GONÇALVES, 2005)

“No Brasil, a falta de segurança jurídica para as contratantes e a precária proteção trabalhista aos empregados das contratadas decorrem em grande parte da ausência de uma legislação moderna sobre terceirização. A restrição da terceirização às chamadas atividades meio não se sustenta à luz das necessidades da nova economia. Ademais, não se consegue definir, a contento, o que constitui uma atividade meio ou uma atividade fim.” (PASTORE, 2008, p.131)

Seguindo o compasso da alteração das relações de trabalho, parece-nos que o que seria atividade principal também vem mudando de paradigma. São muito luminosas as palavras de Ciro Silva a respeito do tema, qual seja:

A terceirização ultrapassou os limites de transferência de atividades de serviços e apoio, para ocupar espaço também no fornecimento de itens antes considerados como integrantes essenciais do produto principal. A pintura sempre foi e será fundamental numa linha de montagem de veículos. Há pouco tempo, seria impensável a terceirização do processo da pintura. Hoje, entretanto, é realidade. Há terceiros inseridos na linha de produção, cuidando deste processo. (SILVA, 1997).

De acordo com o *caput* do art. 7º da Constituição Federal, o que se visa é a proteção da dignidade do trabalhador; há direitos ali positivados, mas abarcando, também, os implícitos devido a abertura normativa prevista. O que não se pode permitir é a adaptação única e exclusiva dos trabalhadores às inovações do mercado, sem que sejam observados os princípios norteadores do Direito do Trabalho, sendo deixado de lado até o caráter protetivo e a superioridade jurídica dada em benefício do trabalhador, pois como é cediço, este é hipossuficiente.

São bastante esclarecedoras as palavras do eminente doutrinador Hernandez a respeito do Direito do Trabalho:

[...] é todo centralizado no princípio da tutela ‘compensatória’ ao trabalhador subordinado, que consiste num conjunto de normas estabelecidas para contrabalançar a posição superior do empregador não apenas de fato, mas também juridicamente reconhecida e normativamente sustentada (HERNANDEZ *apud* BARROS, 2008, p.180).

Indubitavelmente, a sistemática do Direito do Trabalho se norteia pelo princípio da proteção ao trabalhador, visando que o empregado não experimente em seu desfavor as desigualdades que permeiam o mundo fático.

Com o advento do pós-positivismo, e a conseqüente força normativa dos princípios, o que se busca não são as regras que desmintam os princípios norteadores da sistemática daquele ordenamento, mas sim aquelas, como no Direito do Trabalho, favorecedoras à proteção ao trabalhador. No entanto, quando há falta de normas reguladoras, deve-se buscar nos princípios uma solução mais adequada, favorecendo a

coerência da aplicação normativa¹⁰. Barroso (2007, p. 4-5) trata brilhantemente do tema, senão vejamos:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Em consonância, a terceirização amplia uma hipossuficiência já existente nas relações de trabalho. Pois, como se não bastasse a inferioridade do trabalhador em relação ao empregador, a terceirização traz, ainda, uma precarização do trabalho, sendo usado, muitas vezes, até para burlar os direitos que são devidos aos trabalhadores.

Como se não bastasse, existe ainda a terceirização do trabalho virtual, o que nega toda a sistemática protetiva do Direito do Trabalho, uma vez que precariza ainda mais uma relação de trabalho já mazelada¹¹. Dessa forma, deve-se estabelecer o vínculo diretamente com a tomadora de serviços, evidenciando-se a ilegalidade desse tipo de terceirização.

10 Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada” (MELO, 2000, p. 748).

11 a intermediação de mão-de-obra transfigurada em terceirização transmuta o trabalho humano em simples mercadoria, submetendo o homem à exploração pelo próprio homem através da precarização das condições de trabalho e, por conseguinte, com a exclusão social dos agentes sociais a ela submetidos, ou, em outras palavras, porque conduz à exploração do homem pelo homem através da completa submissão dos trabalhadores ao domínio econômico do capital (MORAES, 2008).

O que não se pode admitir é a evolução do mercado e da produção, e a consequente supressão de direitos dos trabalhadores, sob o argumento de adaptação às novas regras do mercado. Deve-se, portanto, compatibilizar as novas tendências às regras trabalhistas, sendo totalmente possível sem que haja qualquer minoração de direitos.

Portanto, em que pese à admissibilidade da terceirização em alguns casos específicos, é evidente que sua utilização é maléfica ao trabalhador, pelos seguintes elementos: (a) não equiparação dos salários pagos pela tomadora de serviços; (b) suprimimento de vantagens e garantias; (c) precariedade das condições de emprego; (d) aumento da cadeia de subordinação; (e) arruinamento do sentimento de classe; (f) não inserção do trabalhador no contexto da empresa tomadora etc.

E, ainda, é importante frisar que a precarização do trabalho é ontológica à terceirização, a qual se confunde com seu próprio fundamento e objetivo. Esclarecedoras as seguintes palavras:

[...] a ideia de precarização é da própria lógica da terceirização, pois, como explica Márcio Túlio Viana, as empresas prestadoras de serviço, para garantirem sua condição, porque não têm condições de automatizar sua produção, acabam sendo forçadas a precarizar as relações de trabalho, para que, com a diminuição do custo-da-obra, ofereçam seus serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço (VIANA *apud* SOUTO MAIOR, 2004, p. 121).

Ao se permitir a terceirização, deve-se tomar o cuidado para estabelecer situações bem específicas, e quando estabelecidas, procurar minimizar, sempre, os efeitos maléficos trazidos ao trabalhador.

3.2 LICITUDE E ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO

Como se infere da doutrina e da Súmula 331, a contratação por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo direto com a empresa tomadora de serviços,

portanto, as hipóteses de licitude de terceirização são uma exceção, apenas podendo se configurar quando houver previsão legal¹².

Em contraposição, se não houver disposição de lei autorizando aquela espécie de terceirização, ela será ilícita, estabelecendo-se, dessa forma, o vínculo do empregado com a tomadora de serviços. Nesse caso, sobre o contrato de trabalho recaem todas as normas cabíveis à categoria a que pertence o empregado. E, ainda, a responsabilidade da terceirizante (apenas aparência de empregadora) e da tomadora de serviços é solidária, por uma análise conjunta com o art. 942 do Código Civil de 2002¹³ (DELGADO, 2010).

No entanto, quando falamos em terceirização lícita, há uma responsabilização solidária, devendo, a terceirizante, suportar o pagamento das parcelas que seriam de responsabilidade do devedor principal, caso este se tornasse inadimplente. É uma responsabilidade indireta, tendo como fundamento a ideia de culpa presumida, uma vez que suporta o ônus da má escolha do fornecedor de mão-de-obra (BARROS, 2008, p.449).

4 DOS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O trabalho prestado pela internet pode configurar relação de emprego, desde que satisfaça aos requisitos¹⁴ desta última, quais sejam, a pessoalidade, a subordinação a onerosidade, a continuidade e a alteridade, conforme ressaltamos anteriormente.

Considerando-se que o objeto do presente trabalho é a possibilidade de configuração de vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços (terceirizada), faz-se mister enfatizar os dois primeiros requisitos, já que são os mais questionados no labor prestado em meio virtual.

4.1 PESSOALIDADE

Por pessoalidade deve-se entender a situação na qual o próprio empregado deve executar o trabalho para o qual foi contratado. Ou seja, há um caráter *intuitu personae*

12 São elas: (a) contratação de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74); (b) atividades de vigilância (Lei nº 7.102/83); (c) de conservação e limpeza; (d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços.

13 Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

14 Os citados requisitos são obtidos a partir da interpretação dos arts. 2º e 3º da CLT.

na prestação de serviço, no qual o empregado não poderá, por exemplo, enviar outra pessoa para realizar o trabalho em seu lugar. Entretanto, deve-se lembrar que tal requisito não exige que o labor só possa ser realizado por aquele trabalhador específico, o qual poderá ser substituído nos períodos de descanso ou de férias. Senão, vejamos o comentário *in verbis*:

Ora, o contrato de trabalho recai sobre a pessoa do trabalhador, o que quer dizer que ele deve responder pessoalmente pela obrigação de prestar os serviços. Todavia, poderá ser facilmente substituído em casos de faltas, atrasos, férias, repousos, folgas etc., desde que por outro trabalhador com a habilidade necessária para aquele trabalho e de escolha ou aceitação do patrão. Isto quer dizer que o serviço não é personalíssimo, mas tão somente o contrato com cada empregado. Todavia, o contrato além de pessoal, pode prever um tipo de obrigação personalíssima, isto é, que só poderá ser desenvolvida pelo contratante e mais ninguém. Como, por exemplo, o contrato de emprego firmado entre uma clínica de cirurgia plástica e o Ivo Pitangui. Só ele pode executar o serviço, pois o cliente, quando procura a clínica, quer ser operado por ele, exclusivamente. Isto é excepcional. (CASSAR, 2011, p. 264-265)

No tocante ao trabalho virtual, o fato de não ser realizado no ambiente físico da tomadora de serviços não induz à descaracterização da pessoalidade, já que a exigência desta é a execução direta dos serviços pelo empregado. A própria Consolidação das Leis do Trabalho¹⁵, elaborada num período que não havia internet, já permite que o labor seja executado fora das dependências físicas do empregador. Ao realizar uma leitura da legislação trabalhista à luz dos princípios do direito do trabalho, conclui-se que “o escopo da norma é proteger o trabalhador, independentemente do local onde o trabalho é prestado, e qualquer interpretação que se lhe dê não pode ignorar essa finalidade” (REZENDE, 2006, p. 65).

Além disso, a pessoalidade não é atenuada no teletrabalho, já que o trabalho continua a ser realizado pelo empregado. Nesse sentido:

[...] há quem afirme que a pessoalidade no contrato de trabalho é atenuada nos casos de trabalho em domicílio (art. 6º da CLT), teletrabalho (...). De fato, o empregado em domicílio pode ser ajudado por seus familiares, desde que o auxílio não seja intenso. Isto não descaracteriza a relação de emprego com o contratado nem a

15 Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

configura com o ajudante eventual. **A personalidade não desaparece nesses casos, nem fica mais tênue.** Discordamos, pois, da posição que afirma que ela fica atenuada. **Na verdade, o que diminui de intensidade é a subordinação,** porque a distância inibe a fiscalização direta. Porém, esta abordagem se faz em relação ao contrato, que é pessoal, e não à repetição, como acima afirmado (CASSAR, 2011, p. 266, grifo nosso).

4.2 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Tal característica decorre do poder de comando do empregador, cujas determinações devem ser atendidas pelo empregado, salvo quando ilegais. Perceba-se que utilizamos a expressão subordinação jurídica, para indicar que o empregado está sujeito ao poder do empregador, não significando, pois, sujeição do primeiro em relação ao segundo. Com o desenvolvimento das relações de trabalho em virtude de avanços tecnológicos, percebe-se um crescimento da qualificação dos trabalhadores, e, por conseguinte, diminui-se o nível de subordinação (CASSAR, 2011).

O trabalho realizado em meio virtual já pressupõe um mínimo de qualificação técnica do empregado, ao menos no manuseio de equipamentos e de programas da informática. Considerando-se que além de tal habilidade o labor não é realizado nas instalações físicas do tomador de serviços, a intensidade da subordinação é pequena, se comparada com as tradicionais relações de trabalho. Entretanto, continua a existir o requisito da subordinação, já que o empregador permanece controlando a produtividade, os prazos para o envio de trabalhos etc. Acresce-se o argumento de que, no mundo virtual, há comunicação em tempo real; então, não importa o local onde o obreiro esteja, o empregador poderá controlá-lo a qualquer momento. Poderíamos imaginar, como exemplo, o caso de uma empresa de informática que contrata interposta para prestar serviços de desenvolvimento de software (atividade-fim desta); considerando-se que os trabalhadores desta última realizam o labor por meio da rede mundial de computadores, e ainda são controlados dirigentes da primeira, arriscamos dizer que a subordinação poderá até ser maior do que se o trabalhador realizasse os serviços nas dependências físicas da tomadora. Isso em virtude de os dirigentes da referida empresa poderem estabelecer contato com o empregado em qualquer lugar que este esteja, a qualquer momento. A fiscalização ao empregado é, pois, integral.

Já que o objeto de estudo do presente artigo é o trabalho virtual oriundo da terceirização, cumpre ressaltar que o inciso III da Súmula nº 331 do TST faz menção ao tipo de subordinação chamada direta ¹⁶. Nesse sentido:

Presume-se a subordinação direta quando o trabalhador terceirizado executa seus serviços dentro do estabelecimento do tomador, pois por ele é controlado e fiscalizado, mesmo que este controle e ordens sejam replicadas por superior hierárquico da intermediadora, colocado propositalmente no tomador para mascarar a subordinação direta, que também obedece ordens do tomador (CASSAR, 2011, p. 268).

Não é razoável conceder interpretação tão restritiva ao inciso III da Súmula nº 331 do TST ao ponto de concluir que, caso o trabalhador terceirizado não execute os serviços no estabelecimento do tomador, não estará configurado o vínculo com este último. Nessa senda, preleciona com maestria Cassar (2011, p. 268):

A subordinação indireta não altera nem modifica a relação de emprego. Não concordamos, pois, com a parte final do inciso III da Súmula nº 331 do TST, que afirma que o vínculo só se forma com o tomador quando presente a personalidade e a subordinação direta a este, nos casos de terceirização. Ora, a subordinação é o estado de submissão ou sujeição do trabalhador e quando presente direta ou indiretamente, tem-se caracterizada a relação de emprego desde que presentes os demais requisitos.

Até mesmo por aplicação do princípio da primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual deverão se afastar todos os empecilhos que dificultem a constatação da real certeza e do escopo legal (CAMARGO, 2000). Quando o tomador de serviços contrata empresa interposta para desempenhar atividade-fim, acrescido do fato de os trabalhadores efetuarem o labor por meio do ambiente virtual, é indubitável o objetivo de dissimular o possível vínculo empregatício.

4.2.1 Parassubordinação

Os que defendem a inexistência de vínculo empregatício no teletrabalho utilizam o argumento de que não existe, em tal modalidade, uma parassubordinação. Tal conceito

16III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei no 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, **desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.** (grifo nosso)

remete a idéia de que o trabalhador não está sujeito ao mesmo nível de subordinação que ocorre nos parâmetros clássicos da relação de emprego (REZENDE, 2006). Assim, estariam suprimidos diversos direitos trabalhistas e previdenciários.

Não é ocioso destacar que o instituto da parassubordinação foi importado do direito italiano, surgido com o escopo de criar uma nova figura de relação de trabalho. Ao estabelecer análise aguçada do instituto no direito italiano, afirma Porto (2008, p. 23-25):

Nesse contexto, destaca-se a criação da figura do trabalhador parassubordinado na Itália e de figuras análogas em outros países europeus. Trata-se, em linhas gerais, de trabalhadores que, embora não sejam subordinados (são juridicamente autônomos), são hipossuficientes, pois que dependem economicamente do tomador dos seus serviços. Em razão disso, fazem jus a alguns dos direitos previstos pelas legislações trabalhista e previdenciária. À primeira vista, trata-se de um avanço, pois se confere uma maior proteção a trabalhadores que dela não gozavam. Tratar-se-ia da ampliação do âmbito pessoal de incidência de algumas normas trabalhistas, conforme sustentam os seus defensores. Na realidade, todavia, o efeito produzido é exatamente o contrário, como veremos. (...). A parassubordinação, na realidade, encobre ou mascara a redução operada no conceito de subordinação. Quando se afirma que o trabalhador é parassubordinado, é como se dissesse que, sem essa figura, ele seria considerado autônomo, não tendo direito trabalhista algum, então aquela propicia ao menos que lhe sejam conferidas algumas tutelas. Mas, na verdade, se a parassubordinação não existisse, ele seria considerado um empregado, sendo protegido integralmente – e não parcial e insuficientemente - pelo Direito do Trabalho.

Por essas razões, não reputamos válida e salutar a utilização desta figura. Já que a parassubordinação não é prevista na ordem jurídica pátria, é inconcebível utilização de um instituto prejudicial à proteção do trabalhador. Até porque o conceito de subordinação deve se adequar às mudanças sociais perpetradas na sociedade. Conforme afirmamos anteriormente, o patamar de subordinação existente nos serviços mais rudimentares é superior aos serviços técnicos ou intelectuais, mas ainda assim existe relação de emprego.

Tanto é que é possível se verificar casos em que o empregado é dotado de maior poder econômico e/ou intelectual em relação ao empregador; basta imaginar o exemplo de um abastado biólogo que é contratado por um laboratório para efetuar pesquisas em material genético. Ressalte-se que casos como este não constituem a maioria dos

contratos de emprego, mas a norma protetiva ao obreiro incidirá indistintamente em tais relações (DELGADO, 2010).

5 A INTERPRETAÇÃO DO TRABALHO VIRTUAL

Para a caracterização do vínculo empregatício entre um trabalhador virtual e a empresa tomadora dos serviços, nos casos de terceirização ilícita, mister se faz adotar métodos interpretativos compatíveis com os princípios do direito do trabalho, mormente a proteção.

5.1 A INTERPRETAÇÃO DOS FATOS E A QUALIFICAÇÃO

Antes de qualquer debate a respeito da amplitude dos princípios trabalhistas e dos paradigmas hermenêuticos adotados, faz-se mister uma análise da “pré-compreensão” dos fatos que ensejam a incidência das normas. É incontroverso que um fato em si não é algo independente de nossa análise; a partir dos signos lingüísticos que nos são disponíveis, construímos a descrição do fato. Embora relevante, não iremos nos deter na interpretação dos fatos em si, mas da qualificação, processo por meio do qual se fará o vínculo entre uma situação fática e o conteúdo previsto na norma jurídica (RABENHORST, 2003). Considerando-se a complexidade hodierna dos sistemas jurídicos, a simples subsunção é insuficiente para tais processos, nos quais é utilizada a concreção, que analisa o caso concreto em toda a sua potencialidade (MENKE, 2006). De acordo com tal entendimento, acrescenta o insigne filósofo Rabenhorst (2003, p. 16):

Com efeito, contrariamente a uma imagem muito difundida a qualificação não é uma simples subsunção. Não se trata apenas de discernir se algo entra ou não no conteúdo de uma determinada regra de direito. Em primeiro lugar porque, conforme mostramos desde o início deste trabalho, os fatos ingressam na órbita jurídica não em estado bruto, mas sob a forma de narrativa. Em seguida, porque um mesmo encadeamento narrativo pode ser interpretado de várias maneiras. Em terceiro lugar, porque a nossa própria maneira de ler tal encadeamento narrativo, conforme observa Ricoeur, já está previamente orientada pela presunção segundo a qual ele coloca o caso em questão sob uma determinada regra de direito. Por último, porque o significado desta regra não está nunca totalmente pré-

constituído: toda regra apresenta uma ‘textura aberta’ que a coloca sob a dependência do sentido que a ela será atribuído e das interpretações adotadas em casos semelhantes.

Assim, na citada “textura aberta” e na maneira previamente orientada na adequação do fato ao preceito normativo, deve, o jurista, pautar sua atividade na premissa de que o teletrabalho satisfaz os requisitos da relação de emprego, podendo, por essa razão, ser alvo da terceirização. Ou seja, o fato em questão deve ser visualizado sob a ótica da proteção ao obreiro.

5.2 A POSSIBILIDADE DO TRABALHO FORA DO ESTABELECIMENTO DO EMPREGADOR E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º DA CLT

Conforme já tratamos anteriormente, o art. 6º da CLT determina que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”. Percebe-se, sem grande esforço hermenêutico, que o referido dispositivo tratou de forma igual o labor realizado no ambiente físico do empregador e aquele efetuado em lugar diverso (REZENDE, 2006). Deve-se interpretar a regra do art. 6º no sentido de que o labor, se não realizado no estabelecimento do empregador, não deve, necessariamente, ser desempenhado no domicílio do obreiro. Com o advento da rede mundial de computadores, assim como de outras modernas tecnologias, tornou-se possível realizar o trabalho em qualquer ambiente. O direito laboral deve absorver as mudanças sociais oriundas do desenvolvimento tecnológico.

Entretanto, não nos espantará se houver argumentos no sentido de não se considerar o vínculo empregatício caso o trabalho não seja desempenhado nas instalações físicas do empregador ou no domicílio. Poder-se-ia, à primeira vista, reputar desnecessária a presente análise, já que o advento das novas tecnologias possibilitou que o trabalho pudesse ser efetuado em qualquer ambiente, indistintamente. Mas já houve decisões em casos diversos que o judiciário, não bastasse o legislativo, não acompanhou as transformações sociais, como acompanharemos no exemplo a seguir.

Destarte, a jurisprudência considera que o empregado, para fazer jus à remuneração do tempo de sobreaviso, deverá estar em sua residência; não sendo, pois,

válido o uso do aparelho BIP para caracterizá-lo, já que o empregado pode estar em lugar diverso. Nesse sentido, dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 49 da SDI-1:

HORAS EXTRAS. USO DO BIP. NÃO CARACTERIZADO O “SOBREAVISO”.

O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

Ora, o empregado, no tempo de sobreaviso, suportará o desconforto de ser chamado a qualquer momento pelo empregador, não importando se está no domicílio, ou em outro ambiente (CASSAR, 2011). Com o advento das novas tecnologias, é possível o contato entre obreiro e empregador em tempo real. Por tudo isso, reputamos desarrazoada e incompatível com os princípios e institutos do direito do trabalho a interpretação que apenas considere como emprego a relação que o obreiro execute os serviços ou em seu domicílio ou no estabelecimento da empresa.

6 CONCLUSÃO

É importante a absorção pelo direito do trabalho das novas tecnologias e das modificações sociais por elas perpetradas. Assim, ao se adotar métodos interpretativos plausíveis, conclui-se que a CLT não diferencia o trabalho realizado no estabelecimento do empregador daquele efetuado em qualquer outro ambiente. A prestação de trabalhos virtualmente já dificulta a organização coletiva, bem como outros meios que auxiliam o obreiro na conquista de direitos. Assim, qualquer interpretação dos institutos do direito do trabalho deverá ser norteadada pelo princípio da proteção. Papel relevante possui o aplicador do direito na situação ora tratada, pois não houve tratamento legal expresso, considerando-se que o legislador não acompanha a velocidade dos anseios sociais.

Destarte, é possível de se verificar a ocorrência dos pressupostos da relação de emprego no teletrabalho, especialmente os mais questionados pela doutrina, quais sejam, a pessoalidade e a subordinação jurídica.

Já que os requisitos da relação de emprego podem ser encontrados no trabalho virtual, este é passível de terceirização. Quando ocorrer na modalidade ilícita, deve-se estabelecer o vínculo diretamente com o tomador dos serviços. A terceirização em si,

lícita ou ilícita, já representa uma precarização do trabalho, a qual, é acrescida com o teletrabalho.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Salvador, n. 9, mar/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 03 maio 2011.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. **AIRR - 3103-22.2010.5.08.0000**. Data de Julgamento: 25/05/2011, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2011. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 08 set. 2011.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html>. Acesso em 29 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 49: SDI-1. Disponível em <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html>. Acesso em: 29 ago. 2011.

CAMARGO, Antonio Bonival. **Princípios e ideologias aplicados na relação de emprego**. Bauru: Edipro, 2000.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: Edipro, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DI MARTINO, Vittorio ; WIRTH, Linda. Teletrabajo: um nuevo modo de trabajo y de vida. **Revista Internacional del Trabajo**. Ginebra, v. 109, n. 4, 1990.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra**. São Paulo: LTr, 2005.

HERNANDEZ, Salvatore. Uma releitura da inderrogabilidade dos princípios do Direito do Trabalho. **Revista Synthesis**. São Paulo, n. 39, 2004.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: Ltr, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas: 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 103, p. 69-94, 2006.

MORAES, Paulo Ricardo Silva de. Terceirização e Precarização do Trabalho Humano. **Revista do TST**. Brasília, v. 74, n. 4, p. 148-168, out./dez. 2008.

PASTORE, José. **Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva**. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 1994.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. São Paulo: Atlas, 2000.

PORTO, Lorena Vasconcelos. Parassubordinação: aparência X essência. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário**. Brasília. v. 17, p. 21-51, 2008.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A interpretação dos fatos no direito. **Prim@ facie**, João Pessoa, ano 2, n. 2, p. 8-18, jan./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 05 jul. 2009.

RAYMOND, Wilfredo Sanguineti. **Teletrabajo y Globalización**. Madrid: MTyAS, 2003.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. O trabalho prestado pela internet e a questão da subordinação jurídica no direito individual do trabalho. **Revista do TST**. Brasília. v. 72, n. 3, p. 56-72, set./dez. 2006.

ROBORTELLA, Luiz C. A. Flexibilização: jornada de trabalho e precarização do emprego. **Revista Trabalho e Progresso**, São Paulo, n. 7, p. 58-69, dez. 1995.

SILVA, Ciro Pereira da. **A terceirização responsável: modernidade e modismo**. São Paulo: LTr, 1997.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 70, p. 119-129, 2004.

TRINDADE, Washigton L. da. Os caminhos da terceirização. **Jornal Trabalhista**, Brasília, ano IX, n. 416, 1992.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. O teletrabalho. Disponível em: <<http://www.gomeseuchoa.adv.br/publicacoes/OTeletrabalho.pdf>>. Acesso em: 05/09/2011.

VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 21, p. 61-70, jul./dez. 1996.



Tribunal Regional do Trabalho - 13ª Região
Av. Corálio Soares de Oliveira, s/n - Centro
João Pessoa - PB - 58013-260
(83) 3533-6000 - www.trt13.jus.br